



PUSAT PENGEMBANGAN  
HUKUM DAN BISNIS INDONESIA



# PROBLEMATIKA HUKUM BISNIS DAN KORPORASI

Dr. Dhaniswara K. Harjono, S.H., M.H., M.B.A.





## **KATA PENGANTAR**

Puji syukur kepada Tuhan Yang Maha Kuasa , yang telah melimpahkan berkat dan rahmatNya, sehingga penulis dapat menyelesaikan buku dengan judul :

### **“ PROBLEMATIKA HUKUM DIBIDANG BISNIS DAN KORPORASI ”**

Problem utama tiap masyarakat modern bukan menginginkan perusahaan yang besar, melainkan apa yang dapat diharapkan terhadap perusahaan besar tersebut guna melayani kepentingan masyarakat dalam upaya mewujudkan cita-cita masyarakat sejahtera. Korporasi sebagai subyek hukum tidak hanya menjalankan kegiatannya sesuai dengan prinsip ekonomi (mencari keuntungan yang sebesar -besarnya) tetapi juga mempunyai kewajiban untuk mematuhi peraturan hukum dibidang ekonomi yang digunakan pemerintah guna mewujudkan kesejahteraan masyarakat dan keadilan sosial.

Hukum kita yang melandasi pembangunan ekonomi masih ada yang bersifat formalis. Oleh karena itu dalam memerankan hukum dalam kaitannya dengan bisnis dan korporasi harus dibuat secara sistematis dan komprehensif (*in concert*) agar jelas arah dan tujuan yang ingin dicapai dan instrument yang digunakan untuk mencapainya,

Sehubungan dengan hal tersebut penulis mencoba menghadirkan buku ini dengan harapan dapat menjadi referensi yang praktis dan berguna bagi para pembacanya. Penulis menyadari sepenuhnya bahwa buku ini masih jauh dari sempurna. Oleh karenanya saran -saran positif akan kami terima dengan senang hati.

Pada kesempatan ini penulis juga mengucapkan terima kasih kepada para sahabat dan rekan-rekan penulis, yaitu para akademisi hukum dan para praktisi hukum dan bisnis atas dukungan dan masukannya. Juga kepada keluarga, khususnya pada isteri : Dra. Hedy Maureen Mohede, MBA dan kedua putri tercinta : Anastasia Nathania Harjono dan Belinda Daniella Harjono atas dukungan dan pengertiannya.

Jakarta, Oktober 2010

Penulis,

**Dr. Dhaniswara K. Harjono, S.H., M.H., M.B.A.**



## DAFTAR ISI

### KATA PENGANTAR

	Hal.
BAB I    PENGARUH GLOBALISASI TERHADAP HUKUM KORPORASI DALAM TRANSAKSI BISNIS	1
BAB II    PENERAPAN POLITIK HUKUM DALAM KEGIATAN BISNIS	25
BAB III   PENEGAKAN HUKUM DI INDONESIA	41
BAB IV    PENGARUH GLOBALISASI DIBIDANG BISNIS DALAM SISTEM HUKUM DI INDONESIA	57
BAB V    PENGARUH SISTEM HUKUM ASING TERHADAP HUKUM DI INDONESIA	81
BAB VI    HUKUM KORPORASI DALAM PRAKTIK BISNIS	117
BAB VII   KETERKAITAN PERBUATAN MELAWAN HUKUM DAN WANPRESTASI DALAM KEGIATAN BISNIS	141
BAB VIII  PERSPEKTIF HUKUM ATAS PEMBIAYAAN SEKUNDER PERUMAHAN	163

	Hal.
BAB IX TANGGUNG JAWAB SOSIAL DAN LINGKUNGAN PADA PERSEROAN TERBATAS DALAM SISTEM HUKUM INDONESIA	189
BAB X KEDUDUKAN HUKUM HOLDING COMPANY DAN SUBSIDIARY COMPANY	209



# **BAB 1**

## **PENGARUH GLOBALISASI TERHADAP HUKUM KORPORASI DALAM TRANSAKSI BISNIS**

### **A. Pengantar**

Abad 21 adalah abad globalisasi yang ditandai dengan adanya keterbukaan dan kebebasan dalam berbagai bidang kehidupan, perubahan-perubahan tersebut tak lain meliputi : aspek keagamaan, sosial budaya, ekonomi-keuangan, politik-keamanan, pendidikan, dan sebagainya. Pada awalnya, globalisasi tersebut tidak begitu dihiraukan oleh berbagai pihak, namun cepatnya laju arus globalisasi membuka kesadaran berbagai pihak akan pentingnya perhatian dunia terhadap dampak dari globalisasi tersebut, baik bagi dampak positif maupun negatif. Menurut Abdul Manan ( 2005; 60-61 ) ciri yang menonjol dari pergaulan globalisasi, adalah :

1) terjadinya pergeseran dari konflik idiologi dan politik ke arah persaingan perdagangan, investasi dan informasi dari keseimbangan kepentingan; 2) hubungan antar negara dan bangsa secara struktural berubah dari sifat ketergantungan ke arah saling tergantung, hubungan yang bersifat primordial berubah menjadi sifat tergantung kepada posisi tawar menawar; 3) batas-batas geografis hampir kehilangan arti operasionalnya. Kekuatan suatu negara dan komunitas dalam

interaksinya dengan negara (komunitas lain) ditentukan oleh kemampuannya, memanfaatkan keunggulan kompetitif; 4) persaingan antar negara sangat diwarnai oleh perang penguasaan teknologi tinggi, setiap negara terpaksa menyediakan dana yang cukup besar untuk penelitian dan pengembangan; 5) terciptanya budaya dunia yang cenderung mekanistik, efisien, tidak menghargai nilai dan norma yang secara ekonomis dianggap tidak efisien.

Berdasarkan ciri tersebut, maka perubahan global yang dimaksud dapat meliputi : 1) globalisasi informasi dan komunikasi sebagai akibat dari kemajuan teknologi dan sarana/prasarana informasi dengan jangkauan yang semakin global, berkecepatan tinggi dan berkapasitas besar untuk menyalurkan berbagai informasi; 2) globalisasi dan perdagangan bebas, globalisasi keuangan, kepemilikan kapital, globalisasi pasar dan gerak lajunya perusahaan *transnational corporation* diberbagai negara; 3) globalisasi gaya hidup, pola konsumsi, globalisasi budaya, globalisasi persepsi dan kesadaran akan produk-produk yang dipasarkan keseluruh dunia; 4) globalisasi media masa, media cetak serta media elektronik yang membangun opini global; 5) globalisasi politik dan wawasan yang masuk melalui isu demokrasi, HAM, lingkungan hidup dan kesetaraan gender.



Transaksi melalui *e-commerce* juga merupakan transaksi perjanjian seperti halnya perjanjian konvensional pada umumnya. Perbedaannya hanya terletak pada perbedaan media yang digunakan, dimana pada *e-commerce*, media yang digunakan adalah media elektronik, yaitu internet. Sehingga kesepakatan perjanjian tercipta melalui *online*, yang mekanismenya terjadi melalui penawaran dan penerimaan seperti halnya perjanjian pada umumnya.

## **2) Pengaruh Globalisasi Mengakibatkan Impor Hukum Asing**

Berkembangnya pranata-pranata kegiatan ekonomi khususnya kegiatan bisnis perusahaan mengakibatkan perubahan pula dalam perkembangan hukum perusahaan/korporasi. Sebagaimana pernyataan Sri Rejeki Hartono ( 2000; 41 ) bahwa hukum perusahaan/korporasi pada dasarnya dapat diartikan sebagai perangkat hukum yang mengatur kegiatan menjalankan perusahaan atau kegiatan mencari keuntungan, yang merupakan suatu kegiatan yang harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut : 1) bahwa kegiatan tersebut dilakukan secara terus menerus dalam pengertian tidak terputus ; 2) kegiatan tersebut dilakukan secara terang-terangan dalam pengertian sah/legal; 3) kegiatan tersebut dilakukan untuk memperoleh keuntungan.

Globalisasi membawa pengaruh dalam perkembangan hukum korporasi maupun hukum bisnis sebagai akibat berkembangnya pranata-pranata ekonomi dalam kegiatan bisnis, yang juga melahirkan suatu pranata hukum baru yang dipengaruhi oleh hukum impor(hukum asing) khususnya hukum yang berasal dari tradisi hukum *civil law* dengan sistem hukum *common law*.

Perubahan tersebut terjadi atas kehendak dari kebutuhan bisnis. Hal ini mengakibatkan terjadinya impor atau pengambilalihan hukum asing yang dilakukan secara bulat-bulat, artinya diberlakukan apa adanya, tanpa perubahan atau penyesuaian yang berarti. Sehingga seringkali dalam pelaksanaannya menimbulkan permasalahan dan kendala. Ironisnya, kebanyakan dari ketentuan hukum asing yang diimpor atau diambil alih tersebut, berasal dari praktek pada negara-negara penganut sistem hukum *Anglo Saxon*, seperti Inggris dan Amerika. Sementara Indonesia sendiri menganut sistem hukum Eropa Kontinental.

Menurut Friedman (1970), dasar perbedaan fundamental antara kedua sistem hukum tersebut adalah bahwa sistem hukum *civil law* mengambil bentuk tertulis yang dikodifikasikan dalam perundang-undangan, sehingga *rigid* perubahannya. Segi positifnya lebih menjamin kepastian hukum. Sedangkan sistem hukum *common law* mengacu



kepentingan pribadi terhadap transaksi yang menimbulkan *Conflict of interest*.

3. *Self Dealing*, yaitu setiap transaksi yang dilakukan antara Direktur dengan perseroan itu sendiri baik dilakukan langsung oleh Direktur itu sendiri maupun melalui perantara saudaranya.

4. *Business Judgment Rule*, yaitu Direktur tidak dapat dimintakan tanggung jawabnya secara pribadi atas tindakannya, yang dilakukan dalam kedudukannya sebagai Direktur yang dia yakini, sebagai tindakan terbaik bagi perseroan justru merupakan tindakan yang keliru dan tidak menguntungkan perusahaan.

5. Doktrin *Piercing The Corporate Veil*, yaitu bahwa hukum tidak memberlakukan prinsip terpisahnya tanggung jawab dan harta kekayaan badan hukum dari tanggung jawab dan harta kekayaan pemegang sahamnya.

6. Doktrin *Ultra Vires*, yaitu bahwa perseroan tidak dapat melakukan kegiatan di luar kekuasaan perseroan yang terinci dalam Anggaran Dasarnya.

### 3) Praktik Sengketa Bisnis

Berkembangnya pranata hukum bisnis baru yang sebelumnya tidak diatur dalam sistem hukum

Indonesia, mengakibatkan timbulnya konflik atau sengketa yang lebih dikenal dengan istilah 'sengketa bisnis'.

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia ( 2001; 1037) istilah 'sengketa' atau 'konflik' berasal dari bahasa Inggris, yakni '*conflict*' dan '*dispute*'. Kedua istilah ini mempunyai arti perbedaan pendapat; pertengkaran; perbantahan; pertikaian; perselisihan; perkara (dalam Pengadilan). Sehingga menurut Joni Emirzon ( 2000; 19 ) 'sengketa' atau 'konflik' dapat diartikan sebagai adanya pertentangan atau ketidaksesuaian antara para pihak yang akan, dan sedang mengadakan hubungan atau kerjasama.

Sedangkan Suyud Margono ( 2000; 87 ) menyatakan bahwa istilah "bisnis", sebagai usaha komersial dalam dunia perdagangan; bidang usaha; usaha dagang. Demikian pula Indriyo Gitosudarmo (1999; 3-4) berpendapat bahwa bisnis juga dapat diartikan sebagai usaha untuk memenuhi kebutuhan manusia, organisasi ataupun masyarakat luas. Jadi, sengketa bisnis dapat diartikan sebagai suatu perselisihan antara dua pihak atau lebih yang ditimbulkan oleh adanya perkara di bidang usaha komersial dalam dunia perdagangan, dimana salah satu merasa diuntungkan dan di pihak lain merasa dirugikan. Atau dapat dikatakan sebagai sengketa yang terjadi antara rekanan atau mitra bisnis yang rumit serta sarat dengan

unsur keuangan, perbankan modern, peraturan perundangan, etika, pemenuhan kontrak, dan sebagainya.

Berkaitan dengan sengketa bisnis tersebut, maka sengketa tersebut dalam kaitannya dengan kegiatan bisnis dan kegiatan perusahaan, antara lain berkaitan dengan:

1. Perbuatan melawan hukum dalam perseroan yang mengakibatkan diterapkannya doktrin *piercing the corporate veil* dan doktrin *ultra vires*, yang meliputi :

a. Transaksi dengan perseroan, yaitu transaksi yang dilakukan oleh Direksi dengan perseroan sendiri, baik secara langsung oleh Direksi maupun yang dilakukan secara tidak langsung, seperti lewat istri dan saudaranya. Transaksi ini merupakan salah satu transaksi yang menimbulkan benturan kepentingan.

b. Transaksi kesempatan perseroan, yaitu sebagai akibat dari adanya *fiduciary duty*, untuk itu Direksi harus mengutamakan kepentingan perseroan dari kepentingan pribadi. Oleh karenanya jika perseroan mempunyai kesempatan untuk melakukan transaksi dengan pihak ketiga sementara Direksi juga ingin melakukan transaksi dengan pihak ketiga, maka pihak Direksi harus mengutamakan kepentingan perseroan terlebih dahulu.

c. Transaksi yang mengandung benturan kepentingan, yaitu transaksi yang mengandung benturan

kepentingan yang biasanya banyak terjadi karena adanya afiliasi.

d. Transaksi orang dalam, yaitu transaksi yang dilakukan oleh mereka yang tergolong orang dalam sebuah perusahaan (seperti Komisaris, Direksi, Pegawai), yang dimotivasi oleh adanya informasi orang dalam yang penting dan belum terbuka untuk umum, dengan transaksi mana pihak pelakunya mengharapkan akan mendapat keuntungan jalan pintas, sementara orang lain belum mengetahui informasi tersebut.

e. Tindakan pengurusan oleh Komisaris, yaitu tindakan yang dilakukan oleh Komisaris, yang mana tindakan tersebut merupakan tindakan kepengurusan yang menjadi tugas dan kewenangan Direksi. Maka, atas tindakan tersebut tidak ada pelimpahan kewenangan Direksi sehingga menimbulkan kerugian bagi perseroan dan menimbulkan klaim dari pihak ketiga.

## 2. Transaksi elektronik (*e-commerce*).

Seperti yang telah diuraikan di atas, walaupun pada prinsipnya perjanjian dalam transaksi *e-commerce* sama dengan perjanjian konvensional, namun mekanisme penawaran dan penerimaan, dalam terjadinya kesepakatan perjanjian yang menggunakan media internet, rawan akan sengketa.



Penawaran merupakan suatu *invitation to enter a binding agreement*. Suatu perbuatan ajakan untuk masuk dalam suatu ikatan perjanjian dapat dianggap sebagai tawaran. Dalam *e-commerce* penawaran dilakukan melalui *website* atau melalui *email address*. Penawaran dan penerimaan merupakan suatu hal yang saling terkait untuk menghasilkan kesepakatan. Bentuk penawaran dan penerimaan tersebut bervariasi, tergantung sistem apakah yang dipakai oleh pengelola *website*. Dengan terlampunya tahapan transaksi ini maka terjadilah kontrak *online*.

Terdapat keraguan akan waktu tercapainya kesepakatan dalam proses terciptanya penawaran dan penerimaan. Terutama dalam sistem hukum Indonesia yang tidak memiliki ketentuan hukum mengenai konfirmasi, sehingga dalam transaksi jual beli tidak ada kewajiban dari penjual untuk melakukan konfirmasi kepada pembeli. Hal ini sangat merugikan pembeli karena pembeli tidak mengetahui apakah pesannya telah diterima atau belum, sehingga waktu terjadinya wanprestasi sulit ditentukan. Inilah wujud pentingnya kepastian hukum dalam konfirmasi.

Ironisnya, hal ini berbeda pendapat Edmon Makarim (2003; 235), bahwa telah digariskan oleh masyarakat Ekonomi Eropa mengenai sistem “3 klik”, yaitu :

Dalam cara kerja sistem ini calon pembeli melihat di layar komputer adanya penawaran dari calon penjual (klik pertama), maka calon pembeli memberikan penerimaan terhadap penawaran tersebut (klik kedua). Dan masih disyaratkan adanya peneguhan dan persetujuan dari calon penjual kepada pembeli perihal diterimanya penerimaan dari calon pembeli (klik ketiga). Dengan sistem ini penjual tidak dapat mengelak dengan menyatakan tidak menerima pesanan sementara pembayaran telah dilakukan. Sehingga sangat merugikan pembeli.

Permasalahan *provider* sebagai penyedia jasa akibat kesalahan teknis yang berakibat kepada transaksi *e-commerce* itu sendiri, seperti misalnya *server down* yang mengakibatkan pesanan tidak diterima. Inilah salah satu wujud dimungkinkan timbulnya wanprestasi. Selain itu terdapat pula permasalahan mengenai otentisitas atau keaslian *message* sebagai dokumen elektronik. Menurut Kamles K. Bajaj ( 2000; 287 ) data *message* merupakan informasi yang dimuat, disimpan atau dikomunikasikan melalui alat-alat elektronik, optik atau semacamnya termasuk tapi tidak terbatas pada EDI (*Electronic Data Interchange*), *email*, telegram, teleks, atau telekopi. Untuk itu, perlu adanya pengakuan hukum terhadap

*data message* ini dan mendefinisikan tulisan dan tandatangan admissibilitas, sebagai nilai pembuktian.

#### **4) Perkembangan dan Pembaruan Hukum Bisnis**

Melihat pada uraian di atas, dapat dilihat bahwa globalisasi berpengaruh baik dalam bidang hukum bisnis maupun hukum perusahaan. Perkembangan ini, berimbas pula pada kebutuhan masyarakat dalam keperluan kepastian pranata hukum dalam penyelesaian sengketa. Inilah yang menyebabkan dibutuhkan hukum bisnis atau korporasi dalam praktik.

Berdasarkan tujuan yang ingin dicapai dalam menjalankan bisnis maupun menjalankan perusahaan, maka hukum bisnis dapat diartikan, sebagai : "Setiap perangkat hukum (undang-undang atau peraturan lain) yang mengatur setiap kegiatan menjalankan perusahaan atau mengatur hubungan hukum antara pelaku ekonomi atau para pihak yang menjalankan perusahaan." Hal ini berarti hukum bisnis harus berkembang sesuai dengan kebutuhan melalui titik-titik simpul yang bersumber dari hukum perdata (yaitu hukum perikatan/perjanjian), dan titik simpul yang berasal dari hukum dagang.

Masuknya pranata ekonomi maupun hukum asing ke dalam implementasi hukum nasional, seringkali menghadapi perbenturan-perbenturan. Hal ini sebagai akibat

diterapkannyaperbedaan sistem hukum. Padahal menurut Gunawan Widjaja ( 2008; 2) sebagaimana Rekomendasi Tindak Bidang Ekuin yang dihasilkan dalam Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII mengenai Aspek Masalah Keuangan dikatakan bahwa kebijakan dalam bidang Ekuin pada umumnya mengambil ketentuan dari sistem hukum *common law*, kadangkala hal ini tidak cocok diterapkan di negara kita yang menganut *civil law* terutama jika menyangkut prosedur yang dibentuk dari sejarah, budaya dan tradisi hukum masing-masing negara yang berbeda.

Namun kenyataannya, keberadaan hukum bisnis sangat tertinggal dibandingkan perkembangan kebutuhan akan peluang bisnis baru, teknologi, kebutuhan pasar, perubahan ekonomi dan berbagai faktor pendorong lainnya, seperti :

1. Berkembangannya pranata bisnis yang berkaitan dengan transaksi jaminan sebagai bentuk inovasi dari hipotik/hak tanggungan ataupun gadai, seperti : *second mortgage* (jaminan kedua), jaminan atas HAKI. Sementara paran hukum bisnis belum mampu memberikan suatu jalan keluar untuk penerapannya.
2. Kegiatan konglomerasi telah berkembang di Indonesia sejak dekade 70-an, ditandai dengan berkembangnyagroup-group perusahaan dalam bentuk *holding* dan *subsidiary company* sebagai *trend*. Namun sampai saat ini pranata hukum



bisnis maupun pranata hukum korporasi yang mengatur mengenai bentuk kegiatan bisnis konglomerasi belum juga ada pengaturannya. Yang ada hanya peraturan mengenai Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan tidak Sehat yaitu dengan diundangkannya pada tahun 1999, Undang Undang No. 5 tahun 1999.

3. Berkembangnya bentuk pembiayaan baru sebagai lembaga keuangan pembiayaan baru, seperti SMF. Perkembangan ini terkait pada banyaknya pranata hukum, seperti lembaga *trust*, lembaga *mortgage* yang memerlukan pengaturan yang lebih kompleks tidak hanya menyangkut sebagaimana yang tertuang dalam Peraturan Presiden No. 19 Tahun 2005 jo Peraturan Presiden No. 1 Tahun 2008.

4. Perkembangan transaksi elektronik atau dikenal dengan *e-commerce*, dimana baru pada tahun 2007, Indonesia baru memiliki perundangannya.

Dalam banyak hal, pranata hukum bisnis Indonesia amat tertinggal pembentukannya, seperti baru pada tahun 1992 kita memiliki Undang Undang tentang HAKI padahal kebutuhan akan perlindungan HAKI telah jauh lebih dahulu sangat dibutuhkan, baru tahun 1995 terbentuk Undang Undang Perseroan Terbatas, tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, tahun 1998 mengenai kepailitan, tahun 1999 tentang perlindungan konsumen dan tentang Arbitrase.

Hukum sebagai sarana yang menunjang perkembangan modernisasi dan pembangunan yang mencakup segenap bidang pembangunan, sehingga untuk melaksanakan fungsinya perlu dikaitkan secara langsung dengan berbagai kebijaksanaan khususnya dibidang ekonomi dan bisnis.

Demi mewujudkan penerapan hukum korporasi yang ideal dan efektif dalam praktik bisnis, haruslah dipenuhi syarat-syarat kerangka pembangunan hukum, meliputi :

- 1) Hukum bukan merupakan aturan-aturan yang bersifat *ad hoc*, namun merupakan aturan-aturan umum dan tetap.

Dalam hal ini aturan dalam mekanisme pembiayaan sekunder perumahan harus merupakan peraturan yang sifatnya tetap bukan bersifat isedentil sesaat.

- 2) Hukum harus diketahui secara jelas bagi warga masyarakat.

Hukum mengenai mekanisme pembiayaan sekunder tersebut harus disosialisasikan pemberlakuannya sehingga dapat efektif dalam pelaksanaannya.

- 3) Hindari penerapan peraturan-peraturan yang bersifat retroaktif (berlaku surut);
- 4) Hukum harus dimengerti oleh umum;
- 5) Tidak ada peraturan-peraturan yang saling bertentangan, baik mengenai satu bidang kehidupan tertentu, maupun untuk pelbagai bidang kehidupan (konsisten);

- 6) Pembentukan hukum harus memperhatikan kemampuan warga masyarakat dalam melaksanakannya;
- 7) Hindari frekuensi perubahan-perubahan pada hukum, oleh karena warga-warga masyarakat dapat kehilangan ukuran dan pedoman bagi kegiatan-kegiatannya;
- 8) Adanya korelasi antara hukum dengan pelaksanaan dan penerapan hukum;
- 9) Hukum dilandasi oleh yuridis, filosofis maupun sosiologis yang sesuai;
- 10) Perlu diusahakan agar hukum tersebut diberi bentuk tertulis.

Menurut Mochtar Kusumaatmadja ( 1976; 32-33 ), ukuran dapat dilakukannya pengembangan/ pembaharuan bidang hukum adalah :

- 1) Ukuran keperluan yang mendesak.;
- 2) *Feasibility*, bidang hukum yang mengandung terlalu banyak halanganditangguhkan;
- 3) Perubahandenganpertimbanganpolitik, ekonomi dan sosial;
- 4) Penggunaan model asing, walaupun ada kalanya menguntungkan, namun juga harus tetap memperhatikan hambatannya.

Dalam rangka memberikan suatu sarana hukum yang sesuai dengan kebutuhan korporasi dan dunia bisnis, maka

peran dan kemampuan dari pembuat Undang-Undang, yaitu Dewan Perwakilan Rakyat dan Pemerintah, dalam memahami konsep dan kebutuhan hukum sangat penting. Hukum korporasi yang sesuai dengan kebutuhan dalam memperlancar kegiatan transaksi bisnis harus dapat memberikan rasa keadilan, kepastian hukum dan manfaat para pihak terkait terutama kepentingan masyarakat umum.

## G. Penutup

Globalisasi telah membawa pengaruh dalam perkembangan hukum korporasi dalam transaksi bisnis di Indonesia yang mengakibatkan berkembangnya pranata-pranata ekonomi yang melahirkan suatu pranata hukum baru yang bersifat mengimpor hukum asing khususnya hukum yang berasal dari system hukum *Anglo Saxon*.

Perkembangan bisnis yang sangat pesat telah mengakibatkan masuknya pranata ekonomi dan hukum asing yang seringkali tidak cocok diterapkan di Indonesia, sebagai akibat benturan perbedaan sistem hukum.

Dalam kaitannya dengan keberadaan dan penerapan hukum korporasi dalam transaksi bisnis maka dilakukan terus pembaharuan hukum yang memenuhi syarat-syarat kerangka pembangunan hukum.



Untuk mengejar ketinggalan pembangunan hukum khususnya pranata hukum bisnis dalam kaitannya dengan penerapan hukum korporasi dalam praktik bisnis, maka harus terus dilakukan pembaharuan hukum. Perubahan melalui sarana pembaharuan dan pembangunan hukum dilakukan dengan pembentukan hukum positif atau peraturan perundang-undangan yang harus disesuaikan dengan nilai-nilai dan kenyataan yang hidup di dalam masyarakat.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Manan, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, Ed. Pertama, Cet. 1, Jakarta : Prenada Media, 2005.
- Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Ketiga, Jakarta : Balai Pustaka, 2001.
- Edmon Makarim, *Kompilasi Hukum Telematika*, Cet. Pertama, Jakarta : PT. RajaGrafindo Persada, September 2003.
- Gunawan Widjaja, *Transplantasi Trusts Dalam KUH Perdata, KUHD dan Undang Undang Pasar Modal*, Ed. 1, Cet. 1, Jakarta : PT. RajaGrafindo Persada, 2008
- Indriyo Gitosudarmo, *Pengantar Binsis*, Edisi 2, Cet. Kelima, Yogyakarta : BPFE-Yogjakarta, 1999.
- Joni Emirzon, *Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan (Negosiasi, Mediasi & Arbitrase)*, Cet. Pertama, Jakarta : Penerbit P.T. Gramedia Pustaka Utama, 2000.
- Kamles K. Bajaj dan Debjani Nag, *E-Commerce ; Revolusi Baru Dunia Bisnis*, Penerjemah H.A. Imam Mawardi , Cet. Pertama, Surabaya : Akana Press Mei 2000.

Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum dan Masyarakat*, Bandung : Bina Cipta, 1976.

Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, Cet. Pertama, Bandung : PT Aumni, 2002

Suyud Margono, *ADR (Alternative Dispute Resolution) & Arbitrase : - Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum*, Cet. Pertama, Jakarta : Penerbit Ghalia Indonesia, Juni 2000.

Sri Redjeki Hartono, *Kapita Selekta Hukum Ekonomi*, Cet.1, Bandung : Madar Maju, 2000.

Jusuf Anwar, *Pasar Modal Sebagai Sarana Pembiayaan dan Investasi*, Ed. 1, Cet. 1, Bandung : Penerbit Alumni, 2005

**Internet :**

Sri Rejeki Hartono. "Perspektif Hukum Bisnis Pada Era Tehnologi".

<http://eprints.undip.ac.id/256/>. 8 Juni 2009





## BAB 2

# PENERAPAN POLITIK HUKUM DALAM KEGIATAN BISNIS

### A. Pengantar

Seiring dengan meningkatnya kualitas dan kuantitas transaksi bisnis, baik yang bersifat lokal, nasional, regional maupun global, maka seiring pula dengan meningkatnya variasi konsekuensi baru dalam transaksi bisnis. Hal ini menyebabkan perlunya aturan main (*rule of the game*) yang dapat menjamin kontinuitas aktivitas dunia usaha secara adil dan pasti. Demi terciptanya keteraturan dan kepastian dalam mengakomodasi berbagai kepentingan para pelaku bisnis, hukum bisnis menjadi kebutuhan yang tidak terelakkan sebagai pedoman fundamental.<sup>1</sup>

Sebagai negara berkembang, Indonesia memerlukan kepastian hukum yang lebih besar ketimbang negara-negara maju dalam menjamin perdagangan internasional yang terbuka dan adil. Untuk itu, Indonesia telah meratifikasi beberapa perjanjian penting yang diantaranya adalah menjadi peserta

---

<sup>1</sup> Ade Maman Suherman, Aspek Hukum Dalam Ekonomi Global, Ghalia Indonesia, 2005, hal 2.

organisasi internasional seperti WTO, APEC, AFTA dan lain-lain.<sup>2</sup>

Dalam hal pembentukan berbagai produk hukum bisnis, khususnya dalam bidang transaksi bisnis internasional sangat dipengaruhi oleh politik hukum saat itu. Politik hukum merupakan pilihan tentang hukum-hukum yang akan diberlakukan sekaligus akan dicabut atau tidak diberlakukan, demi tujuan negara.

Konsekuensi bagi sebuah negara terhadap keanggotaan dari suatu organisasi dunia seperti WTO, mewajibkan negara tersebut berhati-hati dalam memberlakukan peraturan ekonominya yang tentunya sangat mempengaruhi politik hukum yang diterapkan di bidang perdagangan dan kegiatan bisnis internasional.

Dengan adanya progresivitas dari kemajuan teknologi, melahirkan suatu hukum perjanjian (*The Law of Treaties*), sebagai implikasi dari kebijakan *Ad Hoc* yang bersumber dari *regional trading* dan *bilateral trade agreement*. Susunan dari *bilateral trade* ini telah menghasilkan cukup banyak *agreements*, yang berisi mengenai berbagai hak, seperti hak atas kekayaan intelektual, perlindungan konsumen, anti monopoli, persaingan usaha tidak sehat, dan lain-lain.

---

<sup>2</sup> Syahmin AK, Hukum Dagang Internasional, RajaGrafindo, 2006, hal 13.

Kemudian *agreements* tersebut diadopsike dalam hukum nasional suatu negara. Dalam proses adopsi tersebut, keadaan internal suatu negara mempengaruhi wujud adopsi produk hukum tersebut.

Salah satu faktor internal yang dapat mempengaruhi intesitas adopsi sebuah produk hukum di Indonesia adalah dalam hal tingkat konsumsi. Tingginya tingkat konsumsi namun produksi rendah, menyebabkan impor bahan konsumsi lebih tinggi dibandingkan dengan transfer teknologinya. Saat ini Indonesia mengalami penurunan daya saing sehingga membuat para produsen menjual produk mereka dengan harga rugi. Secara garis besar globalisasi telah menciptakan suatu bisnis dan perdagangan yang menekankan pada *liberalism* dan *protection*. Kegiatan bisnis dan perdagangan internasional menganut nilai-nilai rasionalisme, materialisme dan individualisme, yang berakar dari akal manusia sehingga dapat berlaku kapan saja, dimana saja, dan bagi siapa saja. Hukum bisnis dan perdagangan internasional yang berlaku saat ini adalah hukum yang ditetapkan oleh WTO (*World Trade Organization*) yang menjunjung tinggi liberalisme.

## B. Sistem Perekonomian Indonesia

Pesatnya dinamika ekonomi nasional dan internasional, telah memacu perkembangan hukum, yang merupakan *rule of the game* dari kegiatan ekonomi internasional. Perkembangan dan kemajuan ini membutuhkan perangkat hukum sebagai instrumen kepastian, kemanfaatan dan bentuk keadilan hukum. Keinginan mewujudkan kelancaran, ketertiban, perlindungan dan keadilan bagi para pihak dalam aktivitas ekonomi internasional dicapai melalui aktualisasi pemanfaatan hukum.<sup>3</sup>

Dalam menjalankan usaha memajukan perekonomiannya, Indonesia menetapkan berbagai kebijakan ekonomi luar negeri yang berimplikasi pada kegiatan bisnis dan perdagangan internasional Indonesia. Kebijakan yang diambil oleh pemerintah Indonesia, adalah:

1. *Multilateral Trading Agreement*, dengan bergabung dalam WTO;
2. *Regional Trading Agreement* , dengan bergabung dalam APEC dan AFTA;
3. Keikutsertaan sebagai negara pihak ketiga dalam *USA-Singapore FTA*;
4. *Bilateral Relationship*

---

<sup>3</sup> N. Rosyidah Rakhmawati, Hukum Ekonomi Internasional, Dalam Era Global, Bayumedia, 2006, hal 2.

Kebijakan-kebijakan yang dibuat pemerintah ini merupakan usaha nyata sebagai perlindungan terhadap perdagangan internasional yang dijalankan oleh bangsa Indonesia.

#### A. *World Trade Organization (WTO)*

Dengan pesatnya perdagangan internasional atas kehadiran pasar bebas / globalisasi dunia, maka masyarakat internasional memerlukan adanya suatu wadah yang mempersatukan usaha mencapai tujuan. Salah satu wadah yang dimaksud adalah WTO yang merupakan kelanjutan dari GATT (*General Agreement on Tariff and Trade*).

WTO adalah organisasi internasional yang mengatur kegiatan bisnis dan perdagangan antar negara untuk meningkatkan perdagangan dunia lebih fokus mengenai *free trade* dan *protectionism*.

Pembentukan WTO dinilai membuka peluang pasar yang luas karena para penandatangan GATT sepakat untuk antara lain mengurangi tarif atas dasar MFN (*Most Favoured Nation*), menerapkan secara ketat aturan non-tarif khususnya dalam kaitan "*safeguards*", "*anti-dumping*", dan "*countervailing measures*", menetapkan kebijakan nasional yang transparan dan menetapkan aturan yang lebih jelas dalam



perdagangan produk pertanian, sektor jasa, dan HAKI.<sup>4</sup>

Ketika *WTO Agreement* disahkan pada tanggal 15 April 1994, maka GATT 1947 terlebur ke dalam perjanjian WTO. GATT memiliki dua wujud. Pertama, GATT sebagai suatu lembaga atau organisasi yang bergerak di bidang perdagangan, kedua, GATT sebagai suatu kesepakatan masyarakat internasional di bidang perdagangan. Hingga tahun 1993, yaitu sebelum Putaran Uruguay berakhir, GATT memiliki 120 negara anggota, termasuk Indonesia. Waktu itu ke-120 negara ini diperkirakan memainkan peranan sekitar 90 persen dari produk perdagangan dunia.<sup>5</sup>

Sistem perdagangan multilateral WTO diatur berdasarkan *WTO Agreement*. Indonesia sebagai salah satu anggota WTO, berdasarkan persetujuan dari para anggota DPR dan juga Presiden, telah meratifikasi melalui UU No. 7 tahun 1994 yang secara garis besar mengatur :

- *Free Trade* : dibidang pertanian, tekstil dan pakaian;
- *Protectionism* : anti *dumping* (penetapan harga dibawah biaya produksi atau menjual harga lebih murah ke luar negeri dibandingkan harga di dalam negeri), SCM (*Subsidies and Countervailing Measures*) dan *Safeguard* (tarif sementara yang

---

<sup>4</sup> Moch. Faisal Salam, *Penyelesaian Sengketa Bisnis Secara Nasional dan Internasional*, Mandar Maju, Cetakan I, 2007, hal 3.

<sup>5</sup> Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, Badan Penerbit IBLAM, 2005, hal 1.

digunakan untuk melindungi industri domestik dari keterbukaan kompetisi luar negeri).

WTO yang berdiri pada tahun 1995 menggunakan sistem perdagangan yang telah ada sebelumnya yaitu berasal dari *General Agreement on Tariff and Trade* (GATT) yang didirikan pada tahun 1948. Sistem tersebut memuat peraturan-peraturan mengenai perdagangan dunia dan tarif perdagangan.

Globalisasi ekonomi dan perkembangan kerjasama ekonomi di dunia internasional telah menggambarkan adanya polarisasi substansi permasalahan di bidang hubungan ekonomi sebagai dampak dari upaya pengaturan yang dilakukan oleh negara maupun pelaku ekonomi. Upaya pengaturan baik melalui WTO, regional melalui berbagai kerjasama kawasan, serta bilateral melalui berbagai kesepakatan kerjasama bilateral, ternyata tidak mengurangi munculnya berbagai penyimpangan dari norma-norma yang telah disepakati. Antara lain, terbukti dengan masih banyak negara terutama negara maju menjatuhkan tuduhan “*dumping*” terhadap negara mitra dagangnya dan juga dalam upaya melindungi sektor industri tertentu menerapkan kebijakan “*safeguards*”.

Struktur dasar persetujuan WTO meliputi :

1. Barang / *goods* (*General Agreement on Tariff and Trade* / GATT);
2. Jasa / *services* (*General Agreement on Trade and Services* / GATS);
3. Kepemilikan intelektual (*Trade-Related Aspects of Intellectual Properties* / TRIPS);
4. Penyelesaian sengketa (*Dispute Settlements*).

Dalam sistem perdagangan multilateral, ada beberapa prinsip dasar WTO yaitu :

- a. Prinsip *The Most Favoured Nation* (MFN) ;

Yaitu peraturan yang melarang diskriminasi tarif antar negara. Dalam hal ini negara-negara tidak dapat mendiskriminasi mitra dagangnya, seperti : Melarang secara diskriminatif pemberian keuntungan, perlakuan baik, hak istimewa atau kekebalan dalam perdagangan. Tarif impor yang diberikan pada produk suatu negara harus diberikan pula kepada produk impor dari mitra dagang anggota lainnya.

- b. Prinsip *National Treatment* ;

Negara anggota wajib memberikan perlakuan yang sama atas barang-barang impor dan lokal paling tidak setelah barang impor memasuki pasar domestik. Berdasarkan pasal III ayat 2 GATT menetapkan bahwa dalam penerapan pajak-pajak dalam

negeri tidak boleh dibedakan antara pajak terhadap produk impor dan produk domestik.

c. Prinsip *Tariff Binding* ;

Tarif yang ditetapkan berdasarkan konsesi timbal balik, adalah bea masuk yang dikenakan terhadap barang impor yang dibuat pada barang tertentu dan barang tersebut terikat pada kesepakatan bersama.

d. Prinsip larangan “*Non-tariff Barriers*” (NTB) ;

Meliputi peraturan-peraturan maupun persyaratan-persyaratan yang menghambat arus impor barang, meliputi pembatasan-pembatasan kuantitatif.

e. Prinsip Liberalisasi Pasar yang Diskriminatif ;

Liberalisasi pasar hanya diberlakukan untuk produk unggulan negara-negara maju, yaitu : *Non agriculture products market, Access/NAMA, Trade related-IPR protection, Trade related-foreign investment protection.*

Secara garis besar prinsip fundamental pada WTO adalah mengenai *non discrimination (equal treatment)* dan juga prinsip *reciprocity*.

Semua hukum yang melandasi setiap kegiatan bisnis dan perdagangan di Indonesia telah disesuaikan dengan keadaan perdagangan internasional yang berjalan saat ini. Hal tersebut dimaksudkan agar Indonesia tidak tertinggal, baik dari segi hukum maupun kemajuannya.



Indonesia telah sah menjadi anggota WTO sejak tanggal 2 Nopember 1994, sehingga selanjutnya Indonesia mengadopsi secara nyata regim perdagangan internasional yang liberal dan mengambil berbagai langkah penting untuk mengurangi proteksi. Kini tariff impor ndonesia tidak ada yang melebihi batas *rate* yang telah disusun dalam komitmen Indonesia dibawah persetujuan WTO.

Dalam pelaksanaan komitmen tersebut Indonesia telah membuat beberapa peraturan hukum baru, yang didukung oleh institusi yang menyesuaikan dengan kewajiban Indonesia sebagai subyek hukum internasional. Salah satu wujudnya adalah dengan memberlakukan zona perdagangan bebas yang dilandaskan pada peraturan-peraturan yang berlaku, antara lain dengn menetapkan wilayah Sabang sebagai zona perdagangan bebas Indonesia.

Sejak tahun 1995 Indonesia telah membuat beberapa undang-undang yang diadopsi dari persetujuan WTO, yaitu peraturan mengenai pencantuman komposisi bahan baku untuk produk industri makanan dan minuman (*generically engineered and irradiated ingredients*), ketetapan *anti dumping* dan *countervailing duty*, *the safeguarde* dan juga banyak membongkar mengenai kebijakan *non-tariff barriers*.



### C. Politik Hukum Indonesia Dalam Kegiatan Bisnis

Perdagangan internasional telah mengalami perkembangan yang sangat pesat. Dengan adanya progresivitas dari kemajuan teknologi telah melahirkan suatu hukum perjanjian (*The Law of Treaties*), mengimplikasikan kebijakan *Ad Hoc* yang bersumber dari *regional trading* dan *Bilateral Trade Agreement*. Susunan dari *Bilateral Trade* ini telah menghasilkan 28 *Agreements*, hasil kesepakatan banyak negara, yang berisikan mengenai berbagai hal seperti Hak Kekayaan Intelektual, Perlindungan Konsumen, Anti Monopoli, dan lain-lain.

Prinsip dasar dalam *WTO Agreement* adalah *non discrimination (equal treatment)*, bahwa setiap anggota WTO memiliki hak yang sama terutama mengenai tarif. Selain itu terdapat pula prinsip *reciprocity*, yaitu hubungan timbal balik antar anggota yang melindungi semua kepentingan. Indonesia dalam menjalankan sistem perdagangannya meratifikasi *WTO Agreement* melalui UU No. 7 tahun 1994, sehingga sistem perdagangan internasional Indonesia menuju suatu sistem *Free Trade* dan juga memunculkan *protectionism*. Namun dalam kenyataannya prinsip WTO justru bertentangan

dengan apa yang ditetapkan. WTO hanya melindungi kepentingan negara maju, sedangkan bagi negara berkembang justru terkesan dirugikan karena kebebasan besar dalam perdagangan tersebut.

Selain menjadi anggota WTO, kebijakan dalam perdagangan internasional lain adalah kerjasama regional dengan ikut serta sebagai pendiri AFTA (*Asean Free Trade Area*), melakukan hubungan bilateral dan terlibat dalam *US-Singapore FTA* yang memberikan dampak dalam peningkatan perdagangan ilegal di Indonesia.

#### **D. Penutup**

Sebagai konsekuensi hukum atas ratifikasi *WTO Agreement*, maka Indonesia sebagai anggota WTO berkewajiban untuk melaksanakan sistem perdagangan internasionalnya sesuai dengan *WTO Agreement*. Prinsip dasar dalam WTO adalah *non discrimination (equal treatment)*, bahwa setiap anggota WTO memiliki hak yang sama terutama mengenai tarif. Selain itu terdapat pula prinsip *reciprocity* yaitu hubungan timbal balik antar anggota demi melindungi semua kepentingan. Indonesia dalam menjalankan sistem perdagangannya mengadopsi prinsip WTO tersebut dengan mengesahkan UU No. 7 tahun 1994. Melalui undang-undang tersebut sistem perdagangan internasional Indonesia akan

menuju suatu sistem *Free Trade* dan juga memunculkan *protectionism*. Namun, prinsip WTO ini dikhawatirkan hanya melindungi kepentingan negara maju, sedangkan bagi negara berkembang justru terkesan dirugikan karena kebebasan dalam perdagangan.

Dalam menerapkan politik hukum dibutuhkan kehati-hatian agar kebijakan politik hukum yang diambil dapat memberikan manfaat bagi negara, khususnya dalam transaksi bisnis internasional. Hal ini sangat penting karena politik hukum sebagai suatu garis kebijakan yang diberlakukan dengan perbuatan hukum, baru maupun dengan revisi produk hukum lama, memiliki fungsi yang sangat strategis dalam memberikan kepastian hukum dan rasa keadilan bagi para pelaku bisnis.

## DAFTAR PUSTAKA

- Ade Maman Suherman, *Aspek Hukum Dalam Ekonomi Global*, Jakarta : Ghalia Indonesia, 2005.
- Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, Jakarta : Badan Penerbit IBLAM, Cetakan Pertama, September 2005.
- Huala Adolf, *Hukum Ekonomi Internasional*, Edisi Revisi, Jakarta : RajaGrafindo, 2005.
- Indriyo Gitosudarmo, *Pengantar Bisnis*, Edisi 2, Cet. Kelima, Yogyakarta : BPFE-Yogyakarta, 1999.
- Kamles K. Bajaj dan Debjani Nag, *E-Commerce ; Revolusi Baru Dunia Bisnis*, Penerjemah H.A. Imam Mawardi, Cet. Pertama, Surabaya : Akana Press Mei 2000.
- Moh. Faisal Salam, *Penyelesaian Sengketa Bisnis Secara Nasional dan Internasional*, Bandung : Mandar Maju, 2007.
- N. Rosyidah Rakhmawati, *Hukum Ekonomi Internasional*, Edisi Pertama, Malang : Bayumedia, 2006.
- Sri Redjeki Hartono, *Kapita Selekta Hukum Ekonomi*, Cet. 1, Bandung : Mandar Maju, 2000.
- Syahmin AK, *Hukum Dagang Internasional*, Jakarta : RajaGrafindo, 2006.

## **BAB 3**

### **PENEGAKAN HUKUM DI INDONESIA**

#### **A. Pengantar**

Krisis hukum di Indonesia ditandai dengan memuncaknya sikap kelesuan (*malaise*) atau kurangnya kepercayaan masyarakat terhadap hukum. Inilah sebab terjadinya degradasi hukum di dalam masyarakat yang ditandai dengan meningkatnya sikap apatisisme, seiring dengan menurunnya tingkat apresiasi masyarakat, baik kepada substansi hukum maupun kepada struktur hukum yang ada. Beberapa contoh di antaranya adalah : sikap main hakim sendiri, pembakaran, dan berbagai perilaku kriminal lainnya. Namun demikian, ditengah ketidakpercayaan masyarakat terhadap hukum, tidak dipungkiri masih ada harapan akan tegaknya *the rule of law*.

Sikap dan cara pandang masyarakat yang apatis terhadap hukum, dapat diidentifikasi melalui berbagai alasan, antara lain :

1. Keberadaan, fungsi dan peran pengadilan sebagai benteng terakhir pencari keadilan dianggap lamban, kurang tanggap



terhadap kepentingan umum, tidak mandiri, belum mampu berfungsi sebagai katub penekan segala pelanggaran hukum, ketertiban masyarakat dan yang terpenting pengadilan belum dapat berperan sebagai benteng terakhir pencari kebenaran dan keadilan.<sup>8</sup>

2. Sebagian besar peraturan perundang-undangan yang kita miliki masih merupakan warisan pemerintah Kolonial, sehingga nilai-nilai yang terkandung tidak sesuai dengan jiwa bangsa Indonesia.

3. Peraturan perundang-undangan tidak dapat mengatur berbagai gejala yang muncul di dalam masyarakat, karena peraturan perundang-undangan tersebut dikodifikasikan.

4. Substansi perundang-undangan tersebut masih memberikan peluang bagi penguasa untuk menyalahgunakan kekuasaannya sehingga tidak dapat memberikan keadilan kepada masyarakat.

Untuk merubah cara pandang masyarakat terhadap hukum, maka terdapat keharusan adanya suatu perubahan, yang mampu merubah sikap masyarakat terhadap hukum atau

---

<sup>8</sup> M. Yahya Harahap, *Beberapa Tinjauan Mengenai Sistem Peradilan dan Penyelesaian Sengketa*, Cet. 1, Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 1997, hlm. 237-238.

merubah budaya hukum masyarakat. Hal ini mengingat fungsi hukum sebagai :

- a) *standard of conduct*, yaitu sandaran atau ukuran tingkah laku yang harus ditaati oleh setiap orang dalam bertindak dan menjalin hubungan;
- b) *tool of social engeneering*, yakni sebagai sarana atau alat untuk mengubah masyarakat ke arah yang lebih baik, baik secara pribadi maupun dalam hidup masyarakat;
- c) *a tool of social control*, yakni sebagai alat untuk mengontrol tingkah laku dan perbuatan manusia agar mereka tidak melakukan perbuatan yang melanggar hukum,
- d) *a facility on of human interaction*, yakni hukum berfungsi tidak hanya untuk menciptakan ketertiban tetapi juga menciptakan perubahan masyarakat dengan cara memperlancar proses interaksi sosial sehingga dapat menjadi pendorong untuk dapat menimbulkan perubahan dalam kehidupan masyarakat.<sup>9</sup>

Dengan perubahan tersebut, maka diharapkan adanya sistem hukum Indonesia yang mantap yang memungkinkan masyarakat dapat menikmati suasana, iklim ketertiban dan kepastian hukum yang berintikan keadilan.

---

<sup>9</sup> Abdul Manan, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, Ed. 1, Cet. 1, Jakarta : Kencana, 2005, hlm. 3.

## **B. Pembangunan Hukum Di Indonesia**

Perubahan dibidang hukum yang dapat memenuhi tujuan dan harapan masyarakat adalah dengan pembangunan hukum. Pembangunan hukum pada dasarnya meliputi usaha mengadakan pembaharuan dan pembenahan hukum pada sifat dan isi dari ketentuan hukum yang berlaku, serta usaha pembentukan hukum baru, untuk melaksanakan perubahan sosial yang diperlukan dalam pembangunan masyarakat.<sup>10</sup>

Bagi Indonesia, kebutuhan akan pembangunan hukum bertujuan untuk mengembalikan wibawa hukum dalam masyarakat, sehingga dapat membangkitkan budaya dan kesadaran hukum dalam masyarakat. Pembangunan hukum tersebut dilakukan dengan melakukan pembenahan dan pemantaban budaya hukum. Dengan pembenahan, maka wibawa hukum akan melengkapi kehadiran dari faktor-faktor non teknis dalam hukum. Wibawa hukum memperlancar bekerjanya hukum. Karena jika hukum memiliki wibawanya, maka dapat memacu perilaku positif orang terhadap hukum. Ketertiban dan keteraturan dalam masyarakat atau negara tidak

---

<sup>10</sup> Abd. G. Nusantara, *Beberapa Pemikiran Pembangunan Hukum di Indonesia*, Cet. 1, Bandung : Penerbit Alumni, 1980, hlm. 1.

berakar pada hukum atau perundang-undangan, melainkan juga pada perilaku substansial dari warga negara.

Pembenahan hukum dilakukan dengan cara :

1. Melakukan perbaikan substansi hukum.

Perbaikan substansi hukum dilakukan dengan pembentukan produk hukum baru, yang tetap memperhatikan kearifan lokal dan segala hukum yang tumbuh dari kebiasaan-kebiasaan di masyarakat.<sup>11</sup> Agar kebiasaan tersebut menjadi hukum, maka kebiasaan tersebut harus memenuhi unsur materil dan unsur psikologis.

Pembentukan hukum baru dilakukan untuk mengatasi kekosongan hukum dan untuk mengikuti perkembangan bidang-bidang lain di luar bidang hukum. Hal ini karena produk hukum yang ada tidak cukup mengatur berbagai gejala baru yang muncul di dalam masyarakat, sebab sebagian besar peraturan perundang-undangan yang dimiliki merupakan warisan pemerintah Kolonial.

Selain itu pembentukan hukum haruslah ditujukan untuk memperbaiki elemen budaya hukum masyarakat, sebagai indikator terpenting dari keberhasilan pembangunan hukum.

---

<sup>11</sup> Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, hlm. 29.

Hal ini karena perubahan budaya hukum berarti terjadi perubahan sikap masyarakat yang tadinya tunduk pada hukum adat bergeser menjadi patuh kepada hukum positif atau undang-undang. Pemantaban budaya hukum dalam rangka pembangunan hukum adalah sejalan dengan arah kebijakan pembangunan sebagai mana tertuang dalam RPJMN tahun 2004-2009, yang diarahkan

“untuk perbaikan sistem hukum yang meliputi struktur, substansi dan budaya hukum, dimana faktor budaya hukum lebih diarahkan kepada upaya peningkatan budaya hukum melalui pendidikan dan sosialisasi berbagai peraturan perundang-undangan serta perilaku keteladanan dari kepala negara dan jajarannya dalam mamatuhi dan menaati hukum serta penegakan supremasi hukum.”<sup>12</sup>

2. Merumuskan kembali atau membuat rumusan baru mengenai tata hubungan kekuasaan antara anggota masyarakat dalam lapangan ekonomi.

Dengan membuat rumusan baru mengenai tata hubungan kekuasaan antara anggota masyarakat, maka memungkinkan lapisan terbesar masyarakat mampu

---

<sup>12</sup> *Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) 2004-2009*, Cet. Pertama, Jakarta : Sinar Grafika, 2005, hlm. 89.



hakim, sosialisasi profesional hakim, tekanan-tekanan keadaan terhadap hakim, tekanan-tekanan keorganisasian terhadap hakim, dan alternatif-alternatif peraturan yang dapat dipakai.

Bekerja hukum di pengadilan ini juga menunjukkan mengenai efektifitas hukum/undang-undang di dalam masyarakat dimana efektifitas sangat ditentukan oleh tingkah laku pendukung hukum di tengah masyarakat. Oleh karenanya hukum yang dibentuk hendaklah mempunyai sifat *preventif*, *curative* dan *facilitative*, sehingga efektif atau tidaknya suatu hukum dapat diukur dari tingkat pelaksanaan dan penerapan di tengah masyarakat pendukungnya.

Menurut Soerjono Soekanto, efektifitas hukum merupakan keadaan di mana hukum tadi benar-benar berlaku secara yuridis, sosiologis dan filosofis. Berfungsinya hukum secara demikian tadi hanya dapat tergantung pada usaha-usaha menanamkan hukum tersebut, reaksi masyarakat dan jangka waktu menanam hukum tersebut.<sup>14</sup>

Efektifitas hukum sangat berkaitan erat dengan faktor-faktor :

1. Usaha untuk menanamkan hukum di dalam masyarakat, yaitu penggunaan tenaga manusia, alat-alat,

---

<sup>14</sup> Soerjono Soekanto, *Kegunaan Sosiologi Bagi Kalangan Hukum*, Cet. 6, Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 1991, hlm. 53.

organisasi, dan metode agar warga masyarakat mengetahui menghargai, mengakui dan mentaati hukum.

2. reaksi masyarakat yang di dasarkan pada sistem nilai-nilai yang berlaku. Artinya masyarakat mungkin menolak atau menentang atau mungkin mematuhi hukum secara *compliance*, *identification*, *internalization* atau kepentingan-kepentingan mereka terjamin pemenuhannya.

3. jangka waktu penanaman hukum, yaitu panjang atau pendeknya jangka waktu dimana usaha-usaha menanam itu dilakukan dan diharapkan memberikan hasil.<sup>15</sup>

Pembenahan bekerjanya hukum di pengadilan dilakukan dengan mengembalikan kemandirin pengadilan sebagai kekuasaan tertinggi dari hukum dan keadilan, perbaikan system dan struktur penyelesaian perkara seperti yang telah diterapkan dalam perkara-perkara niaga yang secara absolut tunduk pada Pengadilan Niaga.

Dengan pembenahan bekerjanya hukum di pengadilan akan mengembalikan kepercayaan masyarakat bahwa pengadilan mampu memberikan keadilan dan kepastian hukum bagi mereka, karena pengadilan melalui putusannya merupakan sarana untuk terbentuknya hukum baru.

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, hlm. 55

Dengan pembangunan hukum yang dilakukan melalui pembenahan hukum, maka pemahaman dan pandangan masyarakat mengenai hukum dapat diubah yang pada gilirannya dapat mengubah budaya hukum masyarakat menuju kepada penegakan hukum, dimana masyarakat yang tadinya tunduk kepada hukum adat menjadi tunduk kepada hukum positif. Keadaan ini akan melahirkan suatu pelembagaan ketentuan hukum baru menjadi suatu budaya hukum di dalam masyarakat.

### C. Penegakan Hukum

Pembangunan hukum hanya dapat tercapai apabila didukung dengan penegakan hukum. Melalui penegakan hukum, maka hukum ini menjadi kenyataan.

Secara konsepsional, inti dan arti dari penegakan hukum adalah terletak pada kegiatan menyasraskan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan dalam kaidah-kaidah yang mantab dan mengejawantah dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan , memelihara, dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.<sup>16</sup>

Ada tiga unsur dalam menegakkan hukum, yaitu kepastian hukum (*rechtssischerheit*), kemantapan

---

<sup>16</sup> Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Cet. Kelima, Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 2004, hlm. 4.

(*zwreckmassigkeit*), dan keadilan (*gerechtigkeite*).<sup>17</sup> Perlunya unsur-unsur tersebut dalam penegakan hukum karena hukum dimaksud atau dibentuk untuk mengakomodasi berbagai kepentingan-kepentingan masyarakat dan untuk menyelesaikan konflik yang ada dalam masyarakat.

Penegakan hukum merupakan syarat mutlak bagi upaya-upaya penciptaan Indonesia yang damai. Apabila hukum ditegakkan dan ketertiban diwujudkan maka kepastian rasa aman, tenteram, ataupun kehidupan yang rukun akan dapat terwujud. Disamping itu penegakan hukum merupakan satu pilar utama dalam mewujudkan masyarakat adil dan makmur. Gambaran suatu Negara hukum akan tercermin dari proses penegakan hukumnya. Apabila proses penegakan hukum dilakukan sesuai prosedur, maka masyarakat atau pencari keadilan tidak akan memberikan reaksi yang merugikan, akan tetapi apabila penegakan hukum tersebut diwarnai dengan KKN yang sulit dihindari, maka berarti fungsi hukum terabaikan.

Ketiadaan penegakan hukum akan menghambat pencapaian masyarakat damai, adil dan sejahtera. Untuk itu perbaikan pada aspek keadilan akan memudahkan pencapaian kesejahteraan dan kedamaian.

---

<sup>17</sup> Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*, Bandung : Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, 1993, hlm. 1



Penegakan hukum di Indonesia pada umumnya dilakukan dengan 2 (dua) cara, yaitu secara preventif dan represif. Penegakan hukum secara preventif dilakukan oleh lembaga kepolisian dan eksekutif dengan tujuan untuk mencegah terjadinya pelanggaran hukum. Sedangkan penegakan hukum secara represif dimaksudkan sebagai penyelesaian atas suatu sengketa atau tindak pidana yang terjadi dan dilaksanakan lembaga-lembaga di bidang yustisional. Keberhasilan penegakan hukum akan dapat tercapai apabila adanya kesempurnaan antara hukum dan aparaturnya penegakan hukum.

#### D. Penutup

Di Indonesia penegakan hukum ditekankan pada pelaksanaan undang-undang sehingga dalam penegakan hukum di Indonesia dikenal dengan istilah *law enforcement*. Padahal penegakan hukum bukan semata-mata pelaksanaan undang-undang, namun merupakan keserasian antara nilai, kaidah dan pola perilaku.

Penegakan hukum tersebut di Indonesia dilakukan oleh aparaturnya di bidang penegak atau pelaksana hukum, yaitu peradilan, kejaksaan dan kepolisian. Keberhasilan penegakan hukum tersebut dipengaruhi oleh faktor-faktor yang



merupakan esensi dari penegakan hukum itu sendiri, yaitu :

1. faktor hukumnya sendiri, yaitu undang-undang dalam arti materiel yang meliputi Peraturan Pusat yang berlaku untuk semua warga negara yang berlaku umum di sebagian wilayah negara, dan Peraturan setempat yang hanya berlaku di suatu tempat atau daerah saja.
2. faktor penegak hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum. Penegak hukum merupakan golongan panutan dalam masyarakat yang harus mempunyai kemampuan tertentu, antara lain dapat berkomunikasi, mendapat pengertian dari golongan sasaran penegakan hukum, dan mampu menjalankan peranannya sehingga dapat diterima oleh masyarakat.
3. faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum. Sarana dan fasilitas tersebut mencakup tenaga manusia yang trampil dan berpendidikan, organisasi yang baik, peralatan yang memadai, keuangan yang cukup.
4. faktor masyarakat. yakni lingkungan di mana hukum tersebut berlaku atau diterapkan. Penegakan hukum berasal dari masyarakat dan bertujuan untuk mencapai kedamaian di dalam masyarakat. Oleh karenanya masyarakat dapat mempengaruhi penegakan hukum.
5. faktor kebudayaan, yakni sebagai hasil karya, cipta, dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.

Menurut Soerjono Soekanto, efektifitas penegakan hukum akan dapat tercapai apabila kelima faktor tersebut saling berkaitan dengan erat. Hal ini karena kelima faktor tersebut merupakan esensi dari penegakan hukum yang juga merupakan tolak ukur daripada penegakan hukum.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Manan. *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*. Ed. 1. Cet. 1. Jakarta : Kencana, 2005.
- Abd. G. Nusantara. *Beberapa Pemikiran Pembangunan Hukum di Indonesia*. Cet. 1. Bandung : Penerbit Alumni, 1980.
- Mochtar Kusumaatmadja. *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*. Ed. 1. Cet. 1. Bandung : Penerbit Alumni, 2002.
- M. Yahya Harahap. *Beberapa Tinjauan Mengenai Sistem Peradilan dan Penyelesaian Sengketa*. Cet. 1. Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 1997.
- Riduan Syahrani. *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*. *Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) 2004-2009*. Cet. Pertama. Jakarta : Sinar Grafika, 2005.
- Soerjono Soekanto. *Kegunaan Sosiologi Bagi Kalangan Hukum*. Cet. 6. Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 1991.
- Soerjono Soekanto. *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*. Cet. Kelima. Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 2004.
- Sudikno Mertokusumo. *Bab-Bab tentang Penemuan Hukum*. Bandung : Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, 1993.

## **BAB 4**

### **PENGARUH GLOBALISASI DIBIDANG BISNIS DALAM SISTEM HUKUM DI INDONESIA**

#### **A. Pengantar**

Globalisasi adalah perubahan jaman bagi segala aspek kehidupan manusia. Dengan arus globalisasi maka terjadi penghapusan batas-batas negara dalam bidang ekonomi dan membiarkan segala persoalan ekonomi yang berkaitan bergerak secara bebas di dunia tanpa hambatan apapun.

Liberalisme sebagai akibat dari globalisasi, mengakibatkan negara maju melalui kekuatan bisnis dan politiknya, memaksa negara-negara berkembang menerima begitu saja aturan-aturan main dalam transaksi bisnis yang menguntungkan negara maju. Hal ini menimbulkan penilaian bahwa liberalisasi perdagangan dunia merupakan bentuk penjajahan baru negara-negara maju terhadap negara-negara berkembang. Bagi negara berkembang tidak ada pilihan lain selain mengikuti arus globalisasi agar tidak terkucilkan.

Indonesia sebagai negara yang turut aktif dalam kegiatan perdagangan dunia tidak terlepas dari pengaruh globalisasi yang merupakan fenomena sosial yang mencakup hampir semua aspek kehidupan sosial, ekonomi, dan hukum. Globalisasi telah membawa pengaruh pada perubahan, baik

ditingkat regional, nasional, maupun internasional yang secara tidak langsung berpengaruh terhadap perubahan hukum.

Dari sekian banyak dampak arus perubahan globalisasi, maka pengaruh globalisasi terbesar terhadap kegiatan bisnis ditandai dengan masuknya bidang kegiatan bisnis yang sebelumnya tidak dikenal dalam sistem hukum Indonesia, seperti bidang investasi dan bidang pembiayaan. Masuknya kegiatan bisnis baru membawa paradigma dan praktik hukum yang baru pula. Asal kegiatan bisnis tersebut beragam, akibatnya sangat dimungkinkan terjadinya perbenturan sistem hukum yang diakhiri dengan konflik hukum.

Dalam bidang hukum investasi dan pembiayaan wujud kegiatan bisnis baru, antara lain adalah lembaga pasar modal, lembaga *trusts*, dan sekuritisasi *asset* yang berkembang di Negara penganut sistem hukum *common law* dan sebelumnya tidak dikenal dalam sistem hukum *civil law* yang dianut Indonesia.

## **B. Sistem Hukum**

Dalam suatu sistem, peraturan-peraturan hukum tidak berdiri sendiri, namun berhubungan satu sama lain, sebagai konsekuensi adanya keterkaitan antara aspek-aspek kehidupan masyarakat.



Sudikno Mertokusumo mengatakan, sistem hukum adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut.<sup>18</sup> Dari pengertian-pengertian tersebut, maka sistem hukum adalah suatu kesatuan peraturan-peraturan hukum, yang terdiri atas bagian-bagian (hukum) yang mempunyai kaitan interaksi antara satu dengan yang lainnya, tersusun sedemikian rupa menurut asas-asasnya, yang berfungsi untuk mencapai suatu tujuan. Pula menurut Scholten, sistem hukum merupakan kesatuan dalam sistem hukum, tidak ada peraturan hukum yang bertentangan dengan peraturan-peraturan hukum lain dari sistem itu.<sup>19</sup>

Menurut Lawrence M. Friedman<sup>20</sup> sistem hukum merupakan satu sistem yang meliputi elemen-elemen struktur hukum, substansi hukum dan budaya hukum. Berdasarkan pendapat Friedman ini, maka terdapat 4 (empat) unsur ..., yakni :

1. Unsur pertama dari pandangan Friedman ini adalah struktur hukum. Struktur hukum merupakan kerangka dari sistem hukum keseluruhan. Struktur hukum memberi bentuk

---

<sup>18</sup> Titik Triwulan Tutik, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cet. Pertama, Jakarta : Prestasi Pustaka Publisher, Mei 2006, hlm. 88-89.

<sup>19</sup> *Ibid.*, hlm. 89.

<sup>20</sup> Lawrence M. Friedman, *American Law : as an Introduction*, Jurnal Keadilan Vol. 2 No. 1 Tahun 2002, hlm. 48.

pada sistem hukum, yang menopang sistem hukum tersebut. Bagaimana selanjutnya pendelegasian wewenang pada masing-masing lembaga dalam negara, apa yang menjadi hak dan wewenang masing-masing, termasuk sistem peradilan yang berjalan di suatu negara.

2. Unsur kedua adalah substansi hukum yang merupakan aturan-aturan hukum yang berlaku, norma-norma dan pola perilaku setiap anggota masyarakat yang berada dalam sistem itu. Substansi ini berkaitan dengan produk hukum positif yang berkaitan dengan produk legislatif. Substansi hukum inilah yang mengisi sistem hukum, yang menentukan bagaimana suatu masyarakat dapat dan harus berjalan, mana yang boleh dilakukan mana yang tidak boleh dilakukan.

3. Unsur yang ketiga adalah budaya hukum, yaitu sikap-sikap dan nilai-nilai yang berhubungan dengan hukum, bersama-sama dengan sikap-sikap dan nilai-nilai yang terkait dengan tingkah laku yang berhubungan dengan hukum dan lembaga-lembaganya baik secara positif maupun negatif.<sup>21</sup> Menurut Friedmann dalam bukunya *Legal Theory*<sup>22</sup> menyatakan bahwa

---

<sup>21</sup> Lawrence M. Friedmann, *American Law*, New York-London : W.W. Norton Company, 1984, hlm. 218-230. Lihat juga Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum : Civil Law, Common Law, Hukum Islam*, Ed. 1. Cet. 1, Jakarta : PT. Rajagrafindo Persada, 2004, hlm. 11-12.

<sup>22</sup> Lawrence M. Friedmann, Wolfgang, *Legal Theory*, London : Steven & Son, 1953, hlm. 6-9.

budaya hukum merupakan orientasi, pandangan dan perasaan serta perilaku seseorang dalam masyarakat terhadap hukum dengan segala kongkretisasinya. Budaya hukum ini disebut sebagai bensinnya motor keadilan (*the legal culture provides fuel for motor of justice*).<sup>23</sup>

Seluruh peraturan hukum dalam suatu negara dapat dikatakan sebagai sistem hukum jika terdapat berbagai bidang hukum yang masing-masing mempunyai sistem tersendiri. Untuk itu di Indonesia dikenal sistem hukum perdata, pidana, sistem hukum tata negara, sistem hukum ekonomi, dan sebagainya. Masing-masing sistem tersebut terbagi menjadi beberapa sistem hukum yang lebih spesifik, sehingga dalam terdapatlah tingkatan sistem hukum. Keseluruhan peraturan positif di Indonesia adalah merupakan sistem hukum Indonesia.

Sistem hukum merupakan sistem yang terbuka karena berisi peraturan-peraturan hukum dengan berbagai istilah yang bersifat umum dan terbuka untuk penafsiran yang luas. Selain sistem hukum asli yang dimiliki oleh setiap masyarakat hukum, sistem hukum negara juga dipengaruhi sistem hukum besar dunia yang kuat pengaruhnya sama besarnya. Sehingga sistem hukum yang berlaku pada suatu Negara akan dipengaruhi oleh sistem hukum lainnya.

---

<sup>23</sup> *Ibid.*

Pemikiran tentang negara hukum di dunia barat dimulai dengan konsep Plato yang menyatakan bahwa, “penyelenggaraan Negara yang baik ialah yang didasarkan pada pengaturan (hukum) yang baik yang disebut dengan istilah ‘*nomoi*’”.<sup>24</sup> Konsep negara hukum tersebut selanjutnya berkembang dalam dua sistem hukum besar, yaitu sistem hukum Eropa Kontinental (sistem hukum *Civil Law*) dengan istilah *Rechtsstaat* dan sistem hukum Anglo-Saxon (sistem hukum *Common Law*) dengan istilah *Rule of Law*.

Sistem hukum Eropa Kontinental yang biasa disebut dengan *civil law* berkembang di Negara-negara Eropa daratan (Barat), merupakan sistem hukum modern yang diadopsi oleh mayoritas bangsa-bangsa di dunia. Prinsip utama yang mendasari sistem hukum ini adalah bahwa hukum memperoleh kekuatan mengikat. Menurut Frederich Julius Stahl<sup>25</sup>, konsep sistem hukum ini ditandai oleh empat unsur pokok, yaitu : 1) pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia; 2) negara didasarkan pada teori *trias politica*; 3) pemerintahan diselenggarakan berdasarkan undang-undang (*wetmatig bertaar*); 4) adanya peradilan administrasi negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*).

---

<sup>24</sup> Titik Triwulan Tutik, *Op.Cit.*, hlm. 92.

<sup>25</sup> *Ibid.*, hlm. 94.



Sumber hukum pada sistem *civil law* meliputi : 1) Undang-undang yang dibentuk pemegang kekuasaan legislatif; 2) Peraturan-peraturan yang dibuat pegangan kekuasaan eksekutif berdasarkan wewenang yang telah ditetapkan oleh undang-undang; 3) Kebiasaan-kebiasaan yang hidup dan diterima sebagai hukum oleh masyarakat selama tidak bertentangan dengan undang-undang.

Berdasarkan sumber hukum tersebut, maka kaidah hukum dalam sistem *civil law* adalah : 1) hukum bersifat konservatif; 2) hakim hanya menerapkan isi rumusan hukum tertulis; 3) hakim hanya sebagai cerobong undang-undang; 4) jika terjadi pertentangan antara undang-undang dengan yurisprudensi, maka dimenangkan undang-undangnya; 5) Indonesia menganut sistem *common law* dan *civil law* dengan skala prioritas *civil law* diiringi *common law*.<sup>26</sup>

Sedangkan sistem hukum *Common Law*, merupakan sistem hukum yang berkembang di bawah pengaruh sistem yang bersifat *adversarial* dalam sejarah *England* berdasarkan keputusan pengadilan yang berdasarkan tradisi, *custom*, dan preseden. Bentuk *reasoning* yang digunakan dalam *common law* dikenal dengan *casuistry* atau *case based reasoning*.

---

<sup>26</sup> Ahmad Kamil dan M. Fauzan, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, Ed. 1, Cet. 1, Jakarta : Kencana 2004, hlm. 8.



*Common Law* dapat juga berbentuk hukum tak tertulis ataupun hukum tertulis seperti tertuang dalam *statutes* maupun *codes*.

Sistem *Common Law* merupakan sistem hukum yang memakai logika berpikir induktif dan analogi. Sistem hukum *common law* memiliki konsep *Rule of Law* yang menekankan pada tiga tolak ukur, yakni : 1) supremasi hukum (*supremacy of law*); 2) persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*); 3) konstitusi yang didasarkan atas hak-hak perorangan (*the constitution based on individual rights*).

Sumber hukum sistem hukum *common law* adalah : 1) putusan-putusan pengadilan atau hakim (*judicial decision*), yaitu hakim tidak hanya berfungsi menetapkan dan menafsirkan peraturan-peraturan hukum, tetapi tidak juga membentuk seluruh tata kehidupan dan menciptakan prinsip-prinsip baru (yurisprudensi); 2) kebiasaan-kebiasaan dan peraturan-peraturan tertulis undang-undang dan peraturan administrasi Negara.<sup>27</sup> Dengan berdasarkan sumber hukum tersebut, kaidah hukum dalam sistem *common law* adalah : 1) hukum merupakan lembaga kebudayaan yang terus mengalami perkembangan; 2) hukum merupakan hasil daya cipta manusia; 3) hukum tidak memerlukan kodifikasi, karena

---

<sup>27</sup> Titik Triwulan Tutik, *Op.Cit.*, hlm. 96.

hukum yang terkodifikasi hanyalah sebagian saja dari hukum; 4) putusan pengadilan adalah hukum.<sup>28</sup>

Dengan mengutip ulasan Friedman, perbedaan fundamental antara kedua sistem hukum tersebut adalah dalam sistem hukum *civil law* mengambil bentuk tertulis yang dikodifikasikan dalam perundang-undangan, sehingga *rigid* dalam perubahan namun lebih dapat menjamin kepastian hukum. Sedangkan sistem hukum *common law* mengacu kepada hukum kebiasaan (*customary law*) yang cenderung tidak tertulis, sehingga sumber hukum utamanya adalah peraturan perundang-undangan. Ahli hukum di negara Eropa Kontinental lebih kuat dalam hal penafsiran karena terbiasa mengacu kepada peraturan perundang-undangan, disamping itu juga membutuhkan penafsiran hukum, antara lain penafsiran gramatikal, historis, otentik dan konstruksi hukum.

Hal ini berbeda dengan sistem hukum *common law* yang sumber hukum utamanya adalah yurisprudensi (*judge made by law/binding force of precedent*). Sehingga masalah-masalah hukum diselesaikan kasus perkasus dan hasilnya tercermin dalam putusan-putusan hakim (yurisprudensi). Oleh karenanya kemampuan analisis yang kuat dari para hakim negara-negara Anglo Saxon menjadi salah satu ciri positif karena mereka sudah terbiasa memecahkan masalah dengan melihat kasus-

---

<sup>28</sup> Ahmad Kamil dan M. Fauzan, *Op.Cit.*, hlm. 7.

kasus terdahulu. Proses peradilan dengan sistem juri dikenal dalam sistem hukum *common law* tidak dikenal dalam sistem *civil law*.

### **C. Pengaruh Sistem Hukum *Common Law* Dalam Kegiatan Bisnis**

Kegiatan bisnis lintas negara telah mengakibatkan masuknya sistem hukum asing dalam bidang bisnis ke dalam sistem hukum Indonesia. Dominasi bisnis negara-negara yang berasal dari *Anglo Saxon* telah mengakibatkan banyak kebijakan dibidang ekonomi. Keuangan dan industry menggunakan ketentuan dari system hukum *common law* yang kadangkala tidak cocok diterapkan di Negara kita yang menganut *civil law* terutama yang menyangkut prosedur yang dibentuk dari sejarah, budaya, tradisi hukum masing-masing Negara yang berbeda.

Pranata hukum *common law* di bidang hukum investasi dan pembiayaan yang masuk ke dalam sistem hukum kita yang menganut sistem *civil law* adalah antara lain :

#### **a. Trusts**

Lembaga *trust* merupakan suatu lembaga yang hubungannya berdasarkan kepercayaan (*fiduciary*

*relationship*) dimana didalamnya seseorang adalah sebagai pemegang hak atas harta kekayaan yang tunduk pada kewajiban berdasarkan *equity* untuk memelihara atau menggunakan harta kekayaan itu untuk kepentingan orang lain. Dengan pranata *trust*, kepemilikan dibagi kepada hak berdasarkan hukum dan hak berdasarkan *equity*. Dalam pandangan sistem hukum *common law*, *trust is created where the absolute owner of property (the settlor) passes the legal title in that property to a person (the trustee) to hold that property on trust for the benefit of another person (the beneficiary) in accordance with terms set out by the settlor.*<sup>29</sup>

Sebagai pranata yang berkembang dalam sistem *equity*, yang melibatkan eksistensi 3 pihak yaitu *settlor*, *trustee* dan *beneficiary*, *trust* merupakan suatu pranata yang unik. Dalam hal yang demikian, *trust* merupakan suatu konsep dimana *settlor* menyerahkan hak milik sejatinya (*dominium*) kepada *trust* dalam bentuk kepemilikan terdaftar (*legal owner*) dan *beneficiary* dalam bentuk kenikmatan (*equitable owner*). Sehingga jelas dengan diserahkannya benda dalam *trust* oleh *settlor* kepada *trustee*, *settlor* tidak lagi memiliki sesuatu kepentingan atau hak apapun lagi atas benda yang diserahkan dalam *trust* (kecuali dalam *resulting trust*).

---

<sup>29</sup> Gunawan Widjaya, *Op.Cit.*, hlm. 89.



Sebagai pranata hukum yang unik, *trust* tidaklah berdiri sendiri, melainkan merupakan bagian dari suatu sistem yang lebih besar yang disebut sebagai *equity*. Sehingga dalam hal ini *trust* lahir dari *equity*, *trust* merupakan salah satu kontribusi terbesar dalam *equity*. Dalam tradisi hukum *anglo saxon*, *trustee* selain sebagai pemilik juga merupakan pengurus dalam hukum dari *trusts corpus*.

Hukum Indonesia (*civil law*) tidak mengenal istilah *trustee*. Pranata hukum *trust* yang berdasarkan pada adanya *dual ownership*, yaitu *legal owner* dan *beneficial owner* tidak dikenal dalam sistem hukum *civil law*. Dalam sistem ini *legal* dan *beneficial owner* berada dalam satu tangan, dengan kata lain pemilik adalah mereka yang mempunyai hak milik terhadap sesuatu benda. Sebaliknya dalam sistem hukum *common law*, *trust* merupakan pranata hukum yang didasarkan pada *equity* atau kepatutan. Konsep *trust* ini banyak digunakan dalam bisnis. Dalam *common law*, *equity* merupakan sumber hukum yang kedudukannya sejajar dengan hukum yang pada awalnya muncul akibat hukum tidak mampu menyelesaikan permasalahan.

**b. Sekuritisasi Aset dalam bentuk Efek Beragun Aset (EBA)**

Sekuritisasi sebagai konsep yang lahir dan pertama berkembang di Amerika Serikat, diartikan sebagai transformasi



aset yang tidak liquid (tagihan-tagihan yang semula sulit diperjualbelikan) menjadi liquid (mudah diperjualbelikan) dengan cara pembelian Aset Keuangan dari kreditor asal dan penerbitan EBA berupa : a) Surat Utang (misalnya obligasi) yang dijamin pembayarannya dengan portofolio tagihan-tagihan terhadap debitor yang di dalamnya melekat jaminan Hak Tanggungan; dan b) Sertifikat partisipasi yang dijual kepada/ dimiliki investor sebagai bukti kepemilikan secara proporsional atas portofolio tagihan-tagihan portofolio adalah kumpulan tagihan-tagihan terpilih dari bank pemberi kredit (*origination*) terhadap debitor/pembeli rumah.

Suatu sekuritisasi akan menghasilkan *asset backed securities* atau disebut Efek Beragun Aset (EBA), karena setiap pemenuhan kewajiban yang ada dalam sekuritas atau efek tersebut dijamin dengan aset. Oleh karenanya produk dari sekuritisasi aset dinamakan *Asset Backed Securities* (ABS) atau Efek Beragun Aset. EBA terdiri dari dua bentuk, yakni : 1) *Fixed income securities* yang menerbitkan /memberikan kupon dalam jumlah tetap dan disebutkan pula jadwal pembayaran yang jelas; dan 2) *Floating income securities* yang pembayaran kuponnya tidak tetap dan jadwal pembayarannya pun tidak jelas.

Pengaruh sistem hukum *common law* ke dalam sistem hukum Indonesia yang menganut sistem hukum civil law ditandai dengan masuknya pranata ekonomi dan pranata hukum asing sebagai akibat pergaulan perdagangan dunia. Sehingga mengakibatkan benturan tradisi hukum dengan tradisi hukum anglo saxon.

Berlakunya pranata hukum yang berasal dari sistem hukum *common law* di Indonesia yang menganut sistem hukum *civil law* menunjukkan adanya situasi percampuran sistem hukum (*mixed jurisdiction*), dimana di Indonesia berlaku kaidah hukum sistem *common law* walaupun mengutamakan sistem hukum *civil law*. Hal ini menunjukkan tren perkembangan hukum positif di Indonesia. Kecenderungan eksistensi sistem hukum *common law* dalam sistem hukum Indonesia merupakan konsekuensi dari peran Amerika sebagai adidaya ekonomi. Sejumlah pencangkakan dan pengenalan hukum Amerika telah berjalan secara sistematis, disamping kenyataan bahwa para elit *legal expert* dan ahli ekonomi Indonesia pada umumnya merupakan alumni Universitas di Amerika, Inggris dan Australia.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Ade Manan Suherman. *Op.Cit.* , hlm. 3.

#### **D. Pembaruan Hukum**

Dengan masuknya sistem hukum asing yaitu sistem hukum *common law* dalam pranata ekonomi Indonesia, maka hukum memerlukan penyesuaian karena hukum harus memberikan legalitas terhadap segala perubahan yang terjadi agar lalu lintas pergaulan manusia akibat masuknya pranata hukum asing tersebut tidak terganggu dan saling bertabrakan. Untuk itu reformasi di bidang hukum sebagai akibat masuknya pranata hukum asing di Indonesia merupakan hal yang sangat penting dan mendesak untuk dilakukan. Perubahan hukum tersebut mencakup pembaharuan dalam cara berpikir, tingkah laku, pola hidup yang sesuai dengan tuntutan perkembangan.

Sehingga terhadap perbedaan sistem hukum ini harus dapat diatasi dengan cara pembaharuan hukum dengan mengacu pada konsep dan pendapat Mochtar Kusumaatmaja, dimana hukum merupakan sarana pembaharuan dan pembangunan masyarakat. Hal ini mengingat hukum dan ekonomi merupakan dua sistem dari sistem masyarakat yang saling berintegrasi satu sama lain. Apalagi dalam perkembangannya banyak produk hukum yang dipengaruhi oleh sistem hukum *common law*, seperti Pasar Modal.

Adopsi hukum sebagai akibat masuknya pranata hukum asing yang mempunyai sistem hukum yang berbeda merujuk

pada perpindahan norma-norma hukum atau ketentuan hukum tertentu dari suatu Negara tertentu ke Negara lain selama suatu proses pembuatan hukum (undang-undang), termasuk dalam masa reformasi hukum. Oleh karenanya adopsi hukum menunjuk pada proses pembuatan peraturan perundang-undangan, dimana legislatif mempunyai 2 (dua) opsi pilihan, yaitu meminjam atau mengambil alih hukum atau undang-undang yang telah ada dan berlaku pada Negara lain, atau karena tiap-tiap Negara memiliki tradisi, budaya, sejarah, dan identitas yang berbeda antara satu dengan yang lainnya, maka tiap-tiap Negara melakukan sendiri proses pencarian norma-norma dan kaidah-kaidah hukum yang dianggap cocok dan sesuai dengan identitas bangsa dan negara tersebut yang sejalan dengan tradisi, budaya, dan sejarahnya.<sup>31</sup>

Masuk dan diadopsinya pranata hukum tradisi hukum Anglo Saxon dengan sistem hukumnya common law keseluruhan dunia memberikan alasan dilakukannya adopsi pranata hukum asing karena : 1) Transplantasi hukum dilakukan dengan mudah, cepat, dan merupakan sumber hukum baru yang potensial; 2) Transplantasi hukum seringkali mengikuti suatu masa penjajahan (kolonialisme); dan 3) Transplantasi hukum tidak lepas dari peran serta kalangan ahli hukum, yang

---

<sup>31</sup> Gunawan Widjaya, *Op.Cit.*, hlm. 21.



cenderung mencontoh hukum-hukum yang bagi mereka dianggap baik dan bagus.

Pada prinsipnya, hukum sebagai suatu sistem adalah refleksi atau cermin dari budaya masyarakat, bahwa hukum tidaklah otonom, bahwa hukum ada dan dipengaruhi oleh budaya yang hidup dalam masyarakat, bahwa substansi hukum yang dibuat tidak berdasarkan norma-norma atau kaidah-kaidah yang cocok yang sesuai dengan nilai-nilai budaya dan tradisi yang ada dalam masyarakat tidaklah dapat hidup dan bertahan dalam masyarakat tersebut. Dengan dasar ini seolah-olah pranata hukum asing sulit untuk diadopsi.

Namun demikian sesungguhnya, adopsi terhadap pranata hukum asing dapat dilakukan dengan bergantung pada kuat lemahnya hubungan antara hukum atau undang-undang yang hendak diadopsi dengan keadaan politik, sosial, budaya dari masyarakat suatu Negara dimana hukum atau undang-undang tersebut hendak diadopsi. Dalam hal demikian, maka pelaksanaan dari hukum yang diadopsi dari suatu sistem hukum ke sistem hukum lain pasti berbeda dengan hukum Negara asalnya.

Mengenai masuknya pranata hukum asing di bidang investasi dan pembiayaan seperti pasar modal, lembaga trusts,



pembiayaan sekunder perumahan dan sekuritisasi aset memerlukan adanya pembaruan hukum yang memungkinkan dilakukan adopsi dan penerapannya yang sesuai dengan sistem hukum kita yang menganut sistem civil law. Sehingga Indonesia tidak mengalami benturan dengan tradisi hukum Anglo Saxon atau *common law*. Apalagi kebijakan dalam bidang EKUIN umumnya mengambil ketentuan dari sistem hukum *common law* yang kadang kala tidak cocok diterapkan di negara kita yang menganut *civil law*, terutama yang berkaitan dengan prosedur yang dibentuk dari sejarah, budaya masing-masing negara yang berbeda.

Menurut Mochtar Kusumaatmadja, ukuran dapat dilakukan pengembangan/pembaharuan bidang hukum adalah : 1) Ukuran keperluan yang mendesak.; 2) *Feasibility*, bidang hukum yang mengandung terlalu banyak halangan ditanggihkan; 3) Perubahan yang pokok, dimana perubahan diperlukan karena pertimbangan politik, ekonomi dan sosial; 4) Penggunaan model asing, walaupun adalakalanya menguntungkan juga harus memperhatikan hambatan terhadap penggunaan model asing tersebut.<sup>32</sup>

Untuk itu sesuai dengan teori Mochtar Kusumaatmadja, perubahan pembangunan hukum berkaitan

---

<sup>32</sup> Mochtar Kusumaatmadja (b), *Hukum Masyarakat dan perkembangan Hukum Nasional*, Bandung : Binacipta, 1976, hlm. 32-33.

dengan adopsi pranata hukum lembaga pembiayaan sekunder perumahan harus dilakukan dengan pembangunan secara menyeluruh melalui pembentukan hukum positif atau peraturan perundang-undangan yang disesuaikan dengan nilai-nilai dan kenyataan yang hidup di dalam masyarakat. Menurut Mochtar Kusumaatmadja, "Di Indonesia, undang-undang merupakan cara pengaturan hukum yang utama".<sup>33</sup> Sejalan dengan teori Mochtar Kusumaatmadja tersebut, dengan sarana hukum melalui legalisasi Pemerintah dengan cara pembentukan peraturan perundang-undangan, adopsi terhadap lembaga hukum investasi dan pembiayaan seperti pasar modal, trusts, pembiayaan sekunder perumahan dan sekuritisasi aset yang merupakan lembaga dalam sistem hukum Anglo Saxon dapat dilakukan. Namun demikian pembentukan hukum tersebut dengan menggunakan sarana peraturan perundang-undangan harus dilakukan dengan memperhatikan konsep pemikiran sistem hukum Indonesia. Pembaharuan dan pembinaan hukum melalui pembentukan perundang-undangan baru sangatlah memegang peranan yang terpenting. Namun demikian tidaklah mengesalkan pembentukan hukum melalui sarana putusan pengadilan.

Atas dasar teori Mochtar Kusumaatmadja tersebut, maka pembaharuan terhadap hukum investasi dan pembiayaan

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, hlm. 89.

yang berasal dari pranata hukum asing dengan sistem hukumnya common law, dalam penerapan tetaplah dimungkinkan dan dapat dilakukan, karena lembaga ini masuk dalam bidang hukum netral yang memungkinkan diadakan pembaharuan hukum sebagaimana konsep pembangunan hukum dari Mochtar Kusumaatmadja yang menyatakan, bahwa hukum dapat dipilah antar bidang hukum netral dan bidang hukum tidak netral. Sehingga untuk pembaharuan hukum harus ditentukan bidang hukum mana yang dapat diperbaharui dan bidang hukum mana yang sebaiknya dibiarkan dulu. Bidang hukum yang sangat erat kaitannya dengan kehidupan budaya dan spiritual masyarakat (bidang hukum tidak netral) sementara harus dibiarkan, seperti bidang-bidang hukum kekeluargaan, perkawinan, perceraian serta waris. Sebaliknya bidang-bidang lain, seperti hukum perjanjian, perseroan, dan hukum perniagaan pada umumnya merupakan bidang hukum yang tepat untuk usaha pembaharuan (bidang hukum netral).<sup>1</sup> terhadap bidang hukum netral dapat digunakan hukum negara lain. Sedangkan bidang hukum tidak netral harus selalu memperhatikan asas hukum dalam sistem hukum Indonesia.

Pranata hukum investasi dan pembiayaan merupakan bidang hukum perikatan dan harta kekayaan yang menganut asas kebebasan berkontrak dan sistem terbuka serta merupakan

## DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Manan. *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*. Ed. 1. Cet. 1. Jakarta : Kencana, 2005.
- Ahmad Kamil dan M. Fauzan. *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*. Ed. 1. Cet. Jakarta : Kencana 2004.
- AR. Fullarton. *The Common Law and Taxation of Trusts in Australia in The Twenty-First Century*.
- BPHN. *Seminar Pembangunan Nasional VIII Buku I*. Jakarta : BPHN, 2003.
- Lawrence M. Friedman. *American Law : as an Introduction*. Jurnal Keadilan Vol. 2 No. 1 Tahun 2002.
- Lawrence M. Friedmann. *American Law*. New York-London : W.W. Norton Company, 1984.
- Lawrence M. Friedmann Wolfgang. *Legal Theory*. London : Steven & Son, 1953.
- Mochtar Kusumaatmadja. *Hukum Masyarakat dan perkembangan Hukum Nasional*. Bandung : Binacipta, 1976.
- Mochtar Kusumaatmadja. *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*. Jakarta : Alumni, 2002.
- Munir Fuady. *Hukum Bisnis dalam Teori dan Praktik Buku Ketiga*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1996.
- Satjipto Raharjo. *Ilmu Hukum*. Bandung : Alumni, 1986.
- Titik Triwulan Tutik. *Pengantar Ilmu Hukum*. Cet. Pertama. Jakarta : Prestasi Pustaka Publisher, Mei 2006.





## **BAB 5**

### **PENGARUH SISTEM HUKUM ASING TERHADAP HUKUM DI INDONESIA**

#### **A. Pengantar**

Abad 21 adalah abad globalisasi yang ditandai dengan keterbukaan dan kebebasan dalam berbagai bidang kehidupan. Globalisasi adalah suatu perubahan zaman yang membawa perubahan dalam segala aspek kehidupan manusia. Dengan arus globalisasi maka akan terjadi penghapusan batas-batas Negara dalam bidang ekonomi dan membiarkan segala persoalan yang berkaitan dengan persoalan ekonomi tersebut bergerak secara bebas di dunia tanpa hambatan apapun yang meliputi seluruh penjuru dunia sebagaimana dikemukakan oleh Abid Al- Jabiri yang mengatakan bahwa kata globalisasi berasal dari bahasa Perancis "*monodilisation*" yang berarti menjadikan sesuatu pada level dunia, atau perubahan dari posisi yang terbatas dan terkontrol menjadi tidak terbatas (*konderless*) dan tidak terkontrol.<sup>34</sup>

Indonesia sebagai Negara yang turut aktif dalam kegiatan perdagangan dunia tidak terlepas dari pengaruh globalisasi

---

<sup>34</sup>

Abdul Manan, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, Ed. 1, Cet. 1, Jakarta : Kencana, 2005, hlm. 58.

yang merupakan fenomena sosial yang masuk hampir pada semua aspek kehidupan, baik sosial, ekonomi, dan tak terkecuali bidang hukum. Globalisasi telah membawa pengaruh pada perubahan, baik ditingkat regional, nasional, maupun internasional yang secara tidak langsung berpengaruh terhadap perubahan hukum. Dan terhadap setiap perubahan tersebut, hukum harus mampu memberikan legalitas.

Dari sekian banyak bidang yang terkena arus perubahan globalisasi, maka sudah menjadi fenomena umum, bahwa globalisasi paling besar membawa pengaruh terhadap bidang ekonomi yang ditandai dengan masuknya bidang-bidang ekonomi yang sebelumnya tidak dikenal dalam sistem hukum Indonesia, seperti bidang investasi dan bidang pembiayaan.

Dalam hal ini globalisasi dalam bidang ekonomi akan membawa pengaruh dalam perubahan paradigma hukum karena setiap perubahan dalam bidang ekonomi, pasti akan membawa perubahan dalam hukum dan praktik hukum.<sup>35</sup> Perubahan tersebut secara tidak langsung akan mengakibatkan konflik hukum yang disebabkan oleh adanya perbedaan sistem hukum. Hal ini karena globalisasi mengakibatkan masuknya berbagai macam pranata ekonomi asing yang menganut

---

<sup>35</sup> Gunawan Widjaya, *Transplantasi Trusts Dalam KUH Perdata, KUHD dan Undang Undang Pasar Modal*, Ed. 1, Cet.1, Jakarta : PT. RajaGrafindo Persada, 2008, hlm. 1.

sistem hukum *common law* ke dalam sistem hukum Indonesia yang menganut sistem hukum *civil law*.

Pengaruh masuknya sistem hukum asing dalam bidang ekonomi ke dalam sistem hukum Indonesia tidaklah dapat dihindari. Sehingga kita tidak dapat menutup mata terhadap masuknya unsur atau lembaga yang tunduk pada pranata hukum yang berbeda. Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII yang diselenggarakan di Bali, tanggal 14 s/d 18 Juli 2003, khusus mengenai aspek masalah keuangan, dalam “Uraian Masalah Dan Rekomendasi Untuk Rancang Tindak Bidang Ekuin” mempertegas mengenai adanya pengaruh sistem hukum asing dalam bidang ekonomi, yang menyatakan:

“ Kebijakan dalam bidang EKUIN pada umumnya mengambil ketentuan dari sistem hukum *common law*, yang kadangkala tidak cocok diterapkan di Negara kita yang menganut *civil law* terutama yang menyangkut prosedur yang dibentuk dari sejarah, budaya, tradisi hukum masing-masing negara yang berbeda ”.<sup>36</sup>

Dengan rekomendasi tersebut, maka Indonesia yang menganut sistem hukum *civil law* jelas mendapat pengaruh dan benturan

---

<sup>36</sup> BPHN, *Seminar Pembangunan Nasional VIII Buku I*, Jakarta : BPHN, 2003, hlm.10 dan 52.

dari sistem hukum *common law* , terutama dalam bidang ekonomi.

Bidang hukum investasi dan pembiayaan merupakan salah satu bidang ekonomi yang mendapat pengaruh dari sistem hukum *common law* yang dalam pelaksanaannya seringkali menimbulkan benturan. Bidang –bidang hukum investasi dan pembiayaan tersebut antara lain adalah lembaga pasar modal, lembaga trusts, dan lembaga pembiayaan perumahan (Secondary Mortgage Facility/SMF), dan sekuritisasi aset, yang berkembang di Negara yang menganut sistem hukum *common law* dan sebelumnya tidak dikenal dalam sistem hukum *civil law* yang dianut Indonesia.

Benturan tersebut terjadi karena perbedaan sistem hukum, dimana sistem hukum yang ada memiliki struktur, substansi dan budaya tersendiri yang berbeda dengan sistem hukum yang lain. Hukum sebagai suatu sistem merupakan refleksi atau cermin dari budaya masyarakat, sehingga hukum tidaklah otonom, namun dipengaruhi oleh budaya yang ada dan hidup di masyarakat. Sehingga tidak semua pranata hukum cocok dengan tradisi dan nilai-nilai budaya yang ada dalam masyarakat kita.



## B. Sistem Hukum

Dalam suatu sistem, peraturan-peraturan hukum tidak berdiri sendiri, tetapi mempunyai hubungan satu sama lain, sebagai konsekuensi adanya keterkaitan antara aspek-aspek kehidupan dalam masyarakat. Malahan keseluruhan peraturan hukum dalam setiap masyarakat merupakan suatu sistem hukum.

Bellefroid menyebutkan bahwa sistem hukum sebagai suatu rangkaian kesatuan peraturan hukum yang disusun secara tertib menurut asasnya. Sudikno Mertokusumo mengatakan, sistem hukum adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut.<sup>37</sup> Dari pengertian-pengertian tersebut, maka sistem hukum adalah merupakan suatu kesatuan peraturan-peraturan hukum, yang terdiri atas bagian-bagian (hukum) yang mempunyai kaitan interaksi antara satu dengan yang lainnya, tersusun sedemikian rupa menurut asas-asasnya, yang berfungsi untuk mencapai suatu tujuan. Sehingga menurut Scholten, sistem hukum merupakan kesatuan dalam sistem hukum, tidak ada peraturan hukum yang bertentangan dengan peraturan – peraturan hukum lain dari sistem itu.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Titik Triwulan Tutik, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cet. Pertama, Jakarta : Prestasi Pustaka Publisher, Mei 2006, hlm. 88-89.

<sup>38</sup> *Ibid.*, hlm. 89.



Menurut Lawrence M. Friedman<sup>39</sup> sistem hukum merupakan satu sistem yang meliputi elemen-elemen struktur hukum, substansi hukum dan budaya hukum. Unsur pertama dari pandangan Friedman ini adalah struktur hukum. Struktur hukum merupakan kerangka dari sistem hukum tersebut secara keseluruhan. Struktur hukum memberi bentuk pada sistem hukum, yang menopang sistem hukum tersebut. Bagaimana selanjutnya pendelegasian wewenang pada masing-masing lembaga dalam negara, apa yang menjadi hak dan wewenang masing-masing, termasuk sistem peradilan yang berjalan di suatu negara. Unsur kedua adalah substansi hukum yang merupakan aturan-aturan hukum yang berlaku, norma-norma dan pola perilaku setiap anggota masyarakat yang berada dalam sistem itu. Substansi ini berkaitan dengan produk hukum positif yang berkaitan dengan produk legislatif. Substansi hukum inilah yang mengisi sistem hukum, yang menentukan bagaimana suatu masyarakat dapat dan harus berjalan, mana yang boleh dilakukan mana yang tidak boleh dilakukan. Unsur yang ketiga adalah budaya hukum, yaitu sikap-sikap dan nilai-nilai yang berhubungan dengan hukum, bersama-sama dengan sikap-sikap dan nilai-nilai yang terkait dengan tingkah laku yang berhubungan dengan hukum dan lembaga-lembaganya

---

<sup>39</sup> Lawrence M. Friedman, *American Law : as an Introduction*, Jurnal Keadilan Vol. 2 No. 1 Tahun 2002, hlm. 48.

baik secara positif maupun negatif.<sup>40</sup> Menurut Friedmann dalam bukunya *Legal Theory*<sup>41</sup> menyatakan bahwa budaya hukum merupakan orientasi, pandangan dan perasaan serta perilaku seseorang dalam masyarakat terhadap hukum dengan segala kongkretisasinya. Budaya hukum ini oleh Friedmann, disebut sebagai bensinnya motor keadilan (*the legal culture provides fuel for motor of justice*).<sup>42</sup>

Seluruh peraturan-peraturan hukum dalam suatu Negara dapat dikatakan sebagai sistem hukum, seperti sistem hukum Indonesia, dimana terdapat berbagai macam bidang hukum yang masing-masing mempunyai sistem sendiri-sendiri sehingga terdapat sistem hukum perdata, pidana, sistem hukum tata Negara, sistem hukum ekonomi, dan sebagainya, yang kemudian masing-masing terbagai menjadi beberapa sistem hukum. Sehingga dalam suatu Negara terdapat tingkatan sistem hukum. Keseluruhan peraturan positif di Indonesia adalah merupakan sistem hukum Indonesia.

Sistem hukum merupakan sistem yang terbuka karena peraturan-peraturan hukum dengan istilah-istilah yang bersifat

---

<sup>40</sup> Lawrence M. Friedmann, *American Law*, New York-London : W.W. Norton Company, 1984, hlm. 218-230. Lihat juga Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum : Civil Law, Common Law, Hukum Islam*, Ed. 1. Cet. 1, Jakarta : PT. Rajagrafindo Persada, 2004, hlm. 11-12.

<sup>41</sup> Lawrence M. Friedmann, Wolfgang, *Legal Theory*, London : Steven & Son, 1953, hlm. 6-9.

<sup>42</sup> *Ibid.*

umum, terbuka untuk penafsiran yang berbeda dan untuk penafsiran yang luas. Oleh karenanya hukum akan dapat disebut sebagai sistem hukum apabila memenuhi *principles of legality*, yaitu :

- 1) Suatu sistem yang harus mengandung peraturan-peraturan yang tidak boleh mengandung sekedar keputusan ad hoc ;
- 2) Peraturan-peraturan yang telah dibuat harus diumumkan ;
- 3) Peraturan-peraturan tidak boleh ada yang berlaku surut ;
- 4) Peraturan-peraturan harus disusun dalam rumusan yang dapat dimengerti ;
- 5) Suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan satu sama lain ;
- 6) Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan ;
- 7) Tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah-ubah peraturan sehingga menyebabkan orang kehilangan konsentrasi ;
- 8) Harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari.<sup>43</sup>

Mengenai sistem hukum, selain sistem hukum asli yang dimiliki oleh setiap masyarakat hukum, sistem hukum dunia juga telah dipengaruhi sistem hukum besar dunia yang berpengaruh sama kuatnya. Sehingga sistem hukum yang

---

<sup>43</sup> Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, Bandung : Alumni, 1986, hlm. 91.

berlaku pada suatu Negara akan dipengaruhi oleh sistem hukum lainnya.

Pemikiran mengenai Negara hukum di dunia barat dimulai sejak Plato dengan konsepnya, “bahwa penyelenggaraan Negara yang baik ialah yang didasarkan pada pengaturan (hukum) yang baik yang disebut dengan istilah “*nomoi*”.”<sup>44</sup> Konsep Negara hukum tersebut selanjutnya berkembang dalam dua sistem hukum besar, yaitu sistem hukum Eropa Kontinental (sistem hukum *Civil Law*) dengan istilah *Rechtstaat* dan sistem hukum Anglo-Saxon (sistem hukum *Common Law*) dengan istilah *Rule of Law*.

Sistem hukum Eropa Kontinental yang biasa disebut dengan *civil law* berkembang di Negara-negara Eropa daratan (Barat), pertama kali di Perancis, kemudian diikuti oleh Negara-negara Eropa Barat lainnya seperti Belanda, Jerman, Belgia, Swiss dan Italia, selanjutnya berkembang ke Amerika Latin dan Asia (termasuk Indonesia pada masa penjajahan pemerintah Hindia Belanda). Sedangkan sistem hukum Anglo-Saxon yang biasa disebut *common law* berkembang di Negara-negara Anglo-Saxon yang berkembang di Negara-negara Anglo-Saxon seperti Inggris dengan Negara-negara jajahannya, seperti Amerika, Australia, India, Pakistan, Malaysia, dan sebagainya.

---

<sup>44</sup> Titik Triwulan Tutik, *Op.Cit.*, hlm. 92.



*Civil Law* adalah sistem hukum Barat yang merupakan sistem hukum modern yang diadopsi hampir oleh mayoritas bangsa-bangsa di dunia. Prinsip utama yang mendasari sistem hukum Eropa Kontinental atau *Civil Law* adalah bahwa hukum memperoleh kekuatan mengikat karena diwujudkan. Menurut Frederich Julius Stahl<sup>45</sup>, konsep sistem hukum ini ditandai oleh empat unsur pokok, yaitu : 1) pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia; 2) Negara didasarkan pada teori trias politika; 3) pemerintahan diselenggarakan berdasarkan undang-undang (*wetmatig bertuur*); 4) ada peradilan administrasi Negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*).

Kekuatan mengikat karena diwujudkan artinya bahwa hukum memperoleh kekuatan mengikat karena diwujudkan dalam peraturan yang berbentuk undang-undang dan tersusun secara sistematis di dalam kodifikasi dan kompilasi tertentu semata-mata untuk kepastian hukum. Dan kepastian hukum hanya dapat diwujudkan kalau pergaulan atau hubungan dalam masyarakat di atur dalam peraturan-peraturan tertulis. Sehingga Hakim menurut sistem hukum *civil law* tidak leluasa untuk menciptakan hukum yang mengikat masyarakat,

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, hlm. 94.



sehingga putusan Hakim dalam suatu perkara, hanyalah mengikat pihak yang berperkara saja (*doctrins Rea Ajudicata*).

Sumber hukum pada sistem *civil law* meliputi : 1) Undang-undang yang dibentuk pemegang kekuasaan legislative; 2) Peraturan-peraturan yang dibuat pegangan kekuasaan eksekutif berdasarkan wewenang yang telah ditetapkan oleh undang-undang; 3) Kebiasaan-kebiasaan yang hidup dan diterima sebagai hukum oleh masyarakat selama tidak bertentangan dengan undang-undang.

Berdasarkan sumber hukum tersebut, maka kaidah hukum dalam sistem *civil law* adalah : 1) hukum bersifat konservatif; 2) hakim hanya menerapkan isi rumusan hukum tertulis; 3) hakim hanya sebagai cerobong undang-undang; 4) jika terjadi pertentangan antara undang-undang dengan yurisprudensi, maka dimenangkan undang-undangnya; 5) Indonesia menganut sistem *common law* dan *civil law* dengan skala prioritas *civil law* diiringi *common law*.<sup>46</sup>

Sedangkan sistem hukum *Common Law*, merupakan sistem hukum yang berkembang di bawah pengaruh sistem yang bersifat *adversarial* dalam sejarah *England* berdasarkan keputusan pengadilan yang berdasarkan tradisi, *custom*, dan preseden. Bentuk *reasoning* yang digunakan dalam *common*

---

<sup>46</sup> Ahmad Kamil dan M. Fauzan, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, Ed. 1, Cet. 1, Jakarta : Kencana 2004, hlm. 8.

*law* dikenal dengan *casuistry* atau *case based reasoning*. *Common Law* dapat juga berbentuk hukum tak tertulis ataupun hukum tertulis seperti tertuang dalam *statutes* maupun *codes*.

Sistem *Common Law* merupakan sistem hukum yang memakai logika berpikir induktif dan analogi. Sistem hukum *common law* memiliki konsep *Rule of Law* yang menekankan pada tiga tolak ukur : 1) supremasi hukum (*supremacy of law*); 2) persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*); 3) konstitusi yang didasarkan atas hak-hak perorangan (*the constitution based on individual rights*).

Sumber hukum sistem hukum *common law* adalah : 1) putusan-putusan pengadilan atau hakim (*judicial decision*), yaitu hakim tidak hanya berfungsi sebagai pihak yang bertugas menetapkan dan menafsirkan peraturan-peraturan hukum, tetapi tidak juga membentuk seluruh tata kehidupan dan menciptakan prinsip-prinsip baru (yurisprudensi); 2) kebiasaan-kebiasaan dan peraturan-peraturan tertulis undang-undang dan peraturan administrasi Negara.<sup>47</sup> Dengan berdasarkan sumber hukum tersebut, kaidah hukum dalam sistem *common law* adalah : 1) hukum merupakan lembaga kebudayaan yang terus mengalami perkembangan: 2) hukum

---

<sup>47</sup> Titik Triwulan Tutik, *Op.Cit.*, hlm. 96.

merupakan hasil daya cipta manusia; 3) hukum tidak memerlukan kodifikasi, karena hukum yang terkodifikasi hanyalah sebagian saja dari hukum; 4) putusan pengadilan adalah hukum.<sup>48</sup>

Dengan mengutip ulasan Friedman, bahwa pada dasarnya perbedaan fundamental antara kedua sistem hukum tersebut adalah dalam sistem hukum *civil law* mengambil bentuk tertulis yang dikodifikasikan dalam perundang-undangan, sehingga *rigid* dalam perubahan. Segi positifnya lebih menjamin kepastian hukum. Sedangkan sistem hukum *common law* lebih mengacu kepada hukum kebiasaan (*customary law*) yang cenderung tidak tertulis. Sehingga sumber hukum utama dari *civil law* adalah peraturan perundang-undangan walaupun terdapat sumber hukum lain, seperti kebiasaan, yurisprudensi dan doktrin. Ahli hukum di negara Eropa Kontinental lebih kuat dalam hal penafsiran karena terbiasa mengacu kepada peraturan perundang-undangan, disamping itu juga membutuhkan penafsiran hukum, antara lain penafsiran gramatikal, historis, otentik dan konstruksi hukum.

Hal ini berbeda dengan sistem hukum *common law* yang sumber hukum utamanya adalah yurisprudensi (*judge made by law/binding force of precedent*). Sehingga masalah-masalah

---

<sup>48</sup> Ahmad Kamil dan M. Fauzan, *Op.Cit.*, hlm. 7.

hukum diselesaikan kasus perkasus dan hasilnya tercermin dalam putusan-putusan hakim (yurisprudensi). Oleh karenanya kemampuan analisis yang kuat dari para hakim negara-negara Anglo Saxon menjadi salah satu ciri positif karena mereka sudah terbiasa memecahkan masalah dengan melihat kasus-kasus terdahulu. Proses peradilan dengan sistem juri dikenal dalam sistem hukum *common law* tidak dikenal dalam sistem *civil law*.

#### **1. Bidang Hukum Investasi dan Pembiayaan yang berasal dari sistem hukum *Common Law***

Masuknya sistem hukum asing dalam bidang ekonomi ke dalam sistem hukum Indonesia tidaklah dapat dihindari dan kita tidak dapat menutup mata terhadap masuknya unsur atau lembaga yang tunduk pada pranata hukum yang berbeda. Bahkan kebijakan dalam bidang EKUIN pada umumnya mengambil ketentuan dari sistem hukum sistem hukum *common law*, yang kadangkala tidak cocok diterapkan di Negara kita yang menganut *civil law* terutama yang menyangkut prosedur yang dibentuk dari sejarah, budaya, tradisi hukum masing-masing Negara yang berbeda.

Pranata hukum *common law* di bidang hukum investasi dan pembiayaan yang masuk ke dalam sistem hukum kita yang menganut sistem *civil law* adalah antara lain :



### c. *Trusts*

Lembaga *trust* merupakan suatu lembaga yang hubungannya berdasarkan kepercayaan (*fiduciary relationship*) dimana didalamnya seseorang adalah sebagai pemegang hak atas harta kekayaan yang tunduk pada kewajiban berdasarkan *equity* untuk memelihara atau menggunakan harta kekayaan itu untuk kepentingan orang lain. Dengan pranata *trust*, kepemilikan dibagi kepada hak berdasarkan hukum dan hak berdasarkan *equity*. Dalam pandangan sistem hukum *common law*, *trust is created where the absolute owner of property (the settlor) passes the legal title in that property to a person (the trustee) to hold that property on trust for the benefit of another person (the beneficiary) in accordance with terms set out by the settlor.*<sup>49</sup>

Sebagai pranata yang berkembang dalam sistem *equity*, yang melibatkan eksistensi 3 pihak yaitu *settlor*, *trustee* dan *beneficiary*, *trust* merupakan suatu pranata yang unik. Dalam hal yang demikian, *trust* merupakan suatu konsep dimana *settlor* menyerahkan hak milik sejatinya (*dominium*) kepada *trust* dalam bentuk kepemilikan terdaftar (*legal owner*) dan *beneficiary* dalam bentuk kenikmatan (*equitable owner*).

---

<sup>49</sup> Gunawan Widjaya, *Op.Cit.*, hlm. 89.



Sehingga jelas dengan diserahkannya benda dalam *trust* oleh *settlor* kepada *trustee*, *settlor* tidak lagi memiliki sesuatu kepentingan atau hak apapun lagi atas benda yang diserahkan dalam *trust* (kecuali dalam *resulting trust*).

Sebagai pranata hukum yang unik, *trust* tidaklah berdiri sendiri, melainkan merupakan bagian dari suatu sistem yang lebih besar yang disebut sebagai *equity*. Sehingga dalam hal ini *trust* lahir dari *equity*, *trust* merupakan salah satu kontribusi terbesar dalam *equity*. Dalam tradisi hukum *anglo saxon*, *trustee* selain sebagai pemilik juga merupakan pengurus dalam hukum dari *trusts corpus*.

Hukum Indonesia (*civil law*) tidak mengenal istilah *trustee*. Pranata hukum *trust* yang berdasarkan pada adanya *dual ownership*, yaitu *legal owner* dan *beneficial owner* tidak dikenal dalam sistem hukum *civil law*. Dalam sistem ini *legal* dan *beneficial owner* berada dalam satu tangan, dengan kata lain pemilik adalah mereka yang mempunyai hak milik terhadap sesuatu benda. Sebaliknya dalam sistem hukum *common law*, *trust* merupakan pranata hukum yang di dasarkan pada *equity* atau kepatutan. Konsep *trust* ini banyak digunakan dalam bisnis. Dalam *common law*, *equity* merupakan sumber hukum yang kedudukannya sejajar dengan hukum yang pada awalnya muncul akibat hukum tidak mampu menyelesaikan permasalahan.

**d. Pembiayaan Sekunder Perumahan (Secondary Mortgage Facility/SMF)**

Lembaga *Secondary Mortgage Facility* (SMF) merupakan lembaga pembiayaan yang dikenal sebagai *Housing Finance System* yang dikenal di negara Amerika dan Negara yang menganut sistem *Common Law /Anglo Saxon* dan disebut dengan *Mortgage Backed Securities*.

Kegiatan SMF pada dasarnya adalah kegiatan membeli tagihan kredit kepemilikan rumah (KPR) dari bank penerbit KPR (*originator*), kemudian menerbitkan efek atau sekuritas untuk dijual kepada investor dengan jaminan tagihan KPR yang didukung oleh jaminan kebendaan yang dinamakan *mortgage* yang dibebankan atas tanah yang dibeli melalui KPR. Sehingga jaminan sekunder (*second mortgage*) merupakan penjaminan dimana suatu benda dijaminkan kepada dua kreditor, kreditor awal dan kreditor akhir. *Secondary Mortgage Facility is a mortgage that's a junior to first mortgage on the same property, but the senior to any later mortgage* Dalam hal ini objek jaminan yang sudah dijaminkan dalam perjanjian kredit dijaminkan kembali. Sehingga tanah dan bangunan/rumah yang sudah dijaminkan dalam pembiayaan rumah dijaminkan lagi untuk mendapatkan dana pembiayaan perumahan tersebut.

Dalam *Secondary Mortgage Facility*, tanah dan bangunan/rumah yang sudah dijaminkan, dijaminkan lagi dalam pembiayaan perumahan untuk mendapatkan dana bagi pembiayaan perumahan tersebut. Jaminan *mortgage* tersebut dikumpulkan oleh bank dan diserahkan pada suatu lembaga *trust* untuk penerbitan sekuritas untuk dijual kepada investor. Sedangkan *originator* sebagai bank pemberi kredit akan melakukan fungsinya sebagai pemberi kredit dengan memantau kelangsungan pembayaran kredit dan apabila terjadi kemacetan, sebagai *originator*, bank akan menalangi pembayaran kewajiban debitur.

**e. Sekuritisasi Aset dalam bentuk Efek Beragun Aset (EBA)**

Sekuritisasi sebagai konsep yang lahir dan pertama berkembang di Amerika Serikat, diartikan sebagai transformasi aset yang tidak liquid (tagihan-tagihan yang semula sulit diperjualbelikan) menjadi liquid (mudah diperjualbelikan) dengan cara pembelian Aset Keuangan dari kreditor asal dan penerbitan EBA berupa : a) Surat Utang (misalnya obligasi) yang dijamin pembayarannya dengan portofolio tagihan-tagihan terhadap debitur yang di dalamnya melekat jaminan Hak Tanggungan; dan b) Sertifikat partisipasi yang dijual kepada/ dimiliki investor sebagai bukti kepemilikan secara

Pengaruh sistem hukum *common law* ke dalam sistem hukum Indonesia yang menganut sistem hukum civil law ditandai dengan masuknya pranata ekonomi dan pranata hukum asing sebagai akibat pergaulan perdagangan dunia. Sehingga mengakibatkan benturan tradisi hukum dengan tradisi hukum anglo saxon.

Pengaruh sistem hukum *common law* dengan sistem hukum *civil law* yang dianut Indonesia dalam bidang hukum investasi dan pembiayaan juga masih menimbulkan benturan, karena bidang hukum dimaksud tidak dikenal dalam sistem hukum civil law, yaitu :

a. **Persoalan Hukum Penggunaan Lembaga Trusts**

Lembaga *trust* merupakan lembaga yang dipercayakan oleh seseorang atas harta kekayaannya demi kepentingan *beneficiary*. Lembaga ini dalam tradisi hukum *common law* adalah *legal relationship created under the laws of equity whereby property (the corpus) is held by one party (the trustee) for the benefit of other (cestui que trust or beneficiaries).*<sup>52</sup> Dari rumusan tersebut memperlihatkan bahwa *trust* adalah produk dari *equity* yang berada di luar *court of common law*.

---

<sup>52</sup> AR. Fullarton, *The Common Law and Taxation of Trusts in Australia in The Twenty-First Century*, hlm. 3.



Terdapat beberapa karakteristik *civil law* modern yang yang menjadi penghalang terhadap resepsi/ adopsi konsep *trusts* yang merupakan bagian elemen dari pranata hukum, dimana konsep *trust* merupakan bagian esensi dari pranata hukum investasi dan pembiayaan yang meliputi, konsep kepemilikan dalam satu kesatuan berbeda dengan konsep hak kebendaan yang duplikasi dan dapat dibagi-bagi, konsep pelengkap (*supplementary nation*). Konsep yang dikembangkan di Jerman ini menyatakan bahwa registrasi publik atas hak kebendaan termasuk juga kodifikasi hak tersebut dari segi perpajakann. Ini disebut dengan *numerus Clausus*, dan perkembangan beberapa instrumen hukum yang mempunyai tujuan yang sama dengan konsep.<sup>53</sup>

Penghalang pertama yang merupakan penghalang utama terhadap adopsi konsep *trusts* ke dalam *civil law* adalah adalah konsep kepemilikan yang mandiri tidak dapat dibagi. Yang merupakan konsep kepemilikan seperti yang pertama kali diperkenalkan oleh Code Justian, kemudian diperkenalkan kembali oleh Code Napoleon Pasal 544. Kemudian terdapat perkembangan terhadap struktur sosial. Perkembangan tersebut termasuk juga perubahan formulasi kepemilikan yang otonom dan eksklusif menjadikan konsep kepemilikan yang

---

<sup>53</sup> Munir Fuady , *Hukum Bisnis dalam Teori dan Praktik Buku Ketiga*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1996, hlm. 326



lebih luas yang lebih dapat beradaptasi dan luwes. Akibat dari proses liberalisasi bahwa hak untuk hidup, hak untuk bekerja, atau hak atas pendidikan yang dipandang sebagai hak milik komersial, kultural atau hak kolektif pekerja di industri-industri.

Syarat kedua adalah prinsip terbuka untuk umum yang mensyaratkan *numerus clausus* atau perhitungan pajak atas hak kepemilikan. Menurut doktrin ini, a) semua transaksi yang menimbulkan *iura in rem* mesti dicatat dengan resmi; b) bentuk-bentuk transaksi *in rem* di perinci dalam kodifikasi; c) transaksi yang tidak disebut dalam kodifikasi tidak dapat dilakukan; d) jumlah transaksi *iura in rem* tidak dapat diubah-ubah.

Dasar dari konsep publisitas kepemilikan adalah pemisahan antara *iura in rem* dan *iura in personam*, yakni pemisahan antara hukum kebendaan dengan hukum tentang obligasi. Sehingga otonomi para pihak diperkenankan dalam bidang ini dengan konsep *trusts*, karena sebenarnya setiap transaksi tentang *trusts* akan melibatkan kepemilikan *in rem* yang akan memperluas konsep kepemilikan kepada klaim dan *future interest* dan *beneficiaries*, tetapi transaksi seperti ini dalam konsep *civil law* pada prinsipnya dianggap tidak mempunyai akibat *in rem*.

**b. Persoalan Hukum pembiayaan sekunder perumahan  
(*secondary mortgage facility/SMF*)**

Sebagai suatu bentuk yang baru, SMF menghadapi hambatan sebagai akibat perbedaan sistem hukum yang terkait dengan jaminan kredit berupa tanah dan rumitnya ketentuan hukum pertanahan khususnya masalah Hak Tanggungan yang ternyata tidak cukup adaptif terhadap pelaksanaan SMF ini merupakan kendala utama. Atas dasar hal tersebut, maka permasalahan hukum yang menjadi kendala transaksi sekuritisasi SMF saat ini adalah sebagai berikut :

1. Hak Tanggungan, terdapat 2 permasalahan, yaitu:
  - a. Syarat balik nama jaminan Hak Tanggungan. Jaminan Hak Tanggungan yang semula terdaftar atas nama bank pemberi kredit KPR (*originator*) yang diberikan oleh masing-masing Debitor harus melalui proses balik nama secara bertahap, yaitu balik nama ke *Secondary Mortgage Company* (Tahap I), baru kemudian dibalik nama atas nama Wali Amanat yang mewakili para investor/pemegang EBA (Tahap II). Mengingat transaksi sekuritisasi hanya menguntungkan bilamana mencakup debitor-debitor dan tagihan-tagihan dalam jumlah besar agar dapat menutup biaya-biaya yang cukup tinggi untuk melakukan sekuritisasi, maka portofolio tagihan KPR yang terdiri dari ratusan atau bahkan ribuan tagihan akan menjadi kendala besar dalam efisiensi waktu dan biaya dalam

perkembangannya banyak produk hukum yang dipengaruhi oleh sistem hukum *common law*, seperti Pasar Modal.

Adopsi hukum sebagai akibat masuknya pranata hukum asing yang mempunyai sistem hukum yang berbeda merujuk pada perpindahan norma-norma hukum atau ketentuan hukum tertentu dari suatu Negara tertentu ke Negara lain selama suatu proses pembuatan hukum (undang-undang), termasuk dalam masa reformasi hukum. Oleh karenanya adopsi hukum menunjuk pada proses pembuatan peraturan perundang-undangan, dimana legislatif mempunyai 2 (dua) opsi pilihan, yaitu meminjam atau mengambil alih hukum atau undang-undang yang telah ada dan berlaku pada Negara lain, atau karena tiap-tiap Negara memiliki tradisi, budaya, sejarah, dan identitas yang berbeda antara satu dengan yang lainnya, maka tiap-tiap Negara melakukan sendiri proses pencarian norma-norma dan kaidah-kaidah hukum yang dianggap cocok dan sesuai dengan identitas bangsa dan negara tersebut yang sejalan dengan tradisi, budaya, dan sejarahnya.<sup>54</sup>

Masuk dan diadopsinya pranata hukum tradisi hukum Anglo Saxon dengan sistem hukumnya *common law* keseluruhan dunia memberikan alasan dilakukannya adopsi pranata hukum asing karena : 1) Transplantasi hukum dilakukan dengan

---

<sup>54</sup> Gunawan Widjaya, *Op.Cit.*, hlm. 21.

mudah, cepat, dan merupakan sumber hukum baru yang potensial; 2) Transplantasi hukum seringkali mengikuti suatu masa penjajahan (kolonialisme); dan 3) Transplantasi hukum tidak lepas dari peran serta kalangan ahli hukum, yang cenderung mencontoh hukum-hukum yang bagi mereka dianggap baik dan bagus.

Pada prinsipnya, hukum sebagai suatu sistem adalah refleksi atau cermin dari budaya masyarakat, bahwa hukum tidaklah otonom, bahwa hukum ada dan dipengaruhi oleh budaya yang hidup dalam masyarakat, bahwa substansi hukum yang dibuat tidak berdasarkan norma-norma atau kaidah-kaidah yang cocok yang sesuai dengan nilai-nilai budaya dan tradisi yang ada dalam masyarakat tidaklah dapat hidup dan bertahan dalam masyarakat tersebut. Dengan dasar ini seolah-olah pranata hukum asing sulit untuk diadopsi.

Namun demikian sesungguhnya, adopsi terhadap pranata hukum asing dapat dilakukan dengan bergantung pada kuat lemahnya hubungan antara hukum atau undang-undang yang hendak diadopsi dengan keadaan politik, sosial, budaya dari masyarakat suatu Negara dimana hukum atau undang-undang tersebut hendak diadopsi. Dalam hal demikian, maka pelaksanaan dari hukum yang diadopsi dari suatu sistem



Hukum mempunyai landasan yuridis, filosofis maupun sosiologis; Perlu diusahakan agar hukum tersebut diberi bentuk tertulis.

Menurut Mochtar Kusumaatmadja, ukuran dapat dilakukan pengembangan/pembaharuan bidang hukum adalah :  
1) Ukuran keperluan yang mendesak.; 2) *Feasibility*, bidang hukum yang mengandung terlalu banyak halangan ditanggukkan; 3) Perubahan yang pokok, dimana perubahan diperlukan karena pertimbangan politik, ekonomi dan sosial; 4) Penggunaan model asing, walaupun ada kalanya menguntungkan juga harus memperhatikan hambatan terhadap penggunaan model asing tersebut.<sup>55</sup>

Untuk itu sesuai dengan teori Mochtar Kusumaatmadja, perubahan pembangunan hukum berkaitan dengan adopsi pranata hukum lembaga pembiayaan sekunder perumahan harus dilakukan dengan pembangunan secara menyeluruh melalui pembentukan hukum positif atau peraturan perundang-undangan yang disesuaikan dengan nilai-nilai dan kenyataan yang hidup di dalam masyarakat. Menurut Mochtar Kusumaatmadja, "Di Indonesia, undang-undang merupakan cara pengaturan hukum yang utama".<sup>56</sup> Sejalan dengan teori Mochtar Kusumaatmadja tersebut, dengan sarana hukum

---

<sup>55</sup> Mochtar Kusumaatmadja (b), *Hukum Masyarakat dan perkembangan Hukum Nasional*, Bandung : Binacipta, 1976, hlm. 32-33.

<sup>56</sup> *Ibid.*, hlm. 89.



melalui legalisasi Pemerintah dengan cara pembentukan peraturan perundang-undangan, adopsi terhadap lembaga hukum investasi dan pembiayaan seperti pasar modal, trusts, pembiayaan sekunder perumahan dan sekuritisasi aset yang merupakan lembaga dalam sistem hukum Anglo Saxon dapat dilakukan. Namun demikian pemabentukan hukum tersebut dengan menggunakan sarana peraturan perundang-undangan harus dilakukan dengan memperhatikan konsep pemikiran sistem hukum Indonesia. Pembaharuan dan pembinaan hukum melalui pembentukan perundang-undangan baru sangatlah memegang peranan yang terpenting. Namun demikian tidaklah mengecilkan pembentukan hukum melalui sarana putusan pengadilan.

Atas dasar teori Mochtar Kusumaatmdja tersebut, maka pembaharuan terhadap hukum investasi dan pembiayaan yang berasal dari pranata hukum asing dengan sistem hukumnya common law, dalam penerapan tetaplah dimungkinkan dan dapat dilakukan, karena lembaga ini masuk dalam bidang hukum netral yang memungkinkan diadakan pembaharuan hukum sebagaimana konsep pembangunan hukum dari Mochtar Kusumaatmadja yang menyatakan, bahwa hukum dapat dipilah antar bidang hukum netral dan bidang hukum tidak netral. Sehingga untuk pembaharuan hukum harus ditentukan bidang hukum mana yang dapat

diperbaharui dan bidang hukum mana yang sebaiknya dibiarkan dulu. Bidang hukum yang sangat erat kaitannya dengan kehidupan budaya dan spiritual masyarakat (bidang hukum tidak netral) sementara harus dibiarkan, seperti bidang-bidang hukum kekeluargaan, perkawinan, perceraian serta waris. Sebaliknya bidang-bidang lain, seperti hukum perjanjian, perseroan, dan hukum perniagaan pada umumnya merupakan bidang hukum yang tepat untuk usaha pembaharuan (bidang hukum netral).<sup>57</sup> terhadap bidang hukum netral dapat digunakan hukum negara lain. Sedangkan bidang hukum tidak netral harus selalu memperhatikan asas hukum dalam sistem hukum Indonesia.

Pranata hukum investasi dan pembiayaan merupakan bidang hukum perikatan dan harta kekayaan yang menganut asas kebebasan berkontrak dan sistem terbuka serta merupakan hukum pelengkap yang memungkinkan untuk dilakukan perubahan.

---

<sup>57</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, Jakarta : Alumni, 2002, hlm. 38

#### D. Penutup

Berdasarkan uraian di atas, dapat diperoleh kesimpulan yang merupakan sebagai berikut :

1. Globalisasi sebagai fenomena pembaharuan membawa pengaruh cukup besar terhadap bidang ekonomi yang harus diikuti dengan perubahan dan pembaharuan hukum karena hukum harus selalu memberikan kepastian.
2. Globalisasi telah mengakibatkan masuknya pranata ekonomi dan hukum asing ke dalam suatu Negara yang memiliki sistem hukum yang berbeda, yaitu masuknya lembaga ekonomi yang hanya ada pada sistem *common law* ke Indonesia yang menganut sistem hukum *civil law* yang pelaksanaannya seringkali menimbulkan benturan.
3. Lembaga trusts, pembiayaan sekunder perumahan, sekuritisasi aset dengan EBA dan Pasar Modal merupakan pranata ekonomi yang berasal dari Negara dengan sistem hukum yang semula tidak dikenal dalam sistem hukum Indonesia yang menganut sistem hukum *civil law*, dimana pada kenyataannya keberadaan lembaga-lembaga ekonomi tersebut tidak mungkin dihindari keberadaannya.

4. Agar tidak terjadi benturan dalam pelaksanaannya, maka perlu dilakukan pembaharuan hukum, yang memungkinkan lembaga ekonomi yang berasal dari sistem hukum *common law* tersebut diberlakukan di Indonesia yang tentunya disesuaikan dengan budaya, tradisi dan hukum yang berlaku di Indonesia.

5. Lembaga-lembaga hukum investasi dan pembiayaan yang berasal dari sistem hukum *common law* dimungkinkan untuk dilakukan adopsi dengan diikuti perubahan dan pembaharuan karena lembaga investasi dan pembiayaan tersebut merupakan bidang hukum netral yang masuk dalam hukum perikatan dan hukum kekayaan yang bersifat terbuka.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Manan. *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*. Ed. 1. Cet. 1. Jakarta : Kencana, 2005.
- Ahmad Kamil dan M. Fauzan. *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*. Ed. 1. Cet. Jakarta : Kencana 2004.
- AR. Fullarton. *The Common Law and Taxation of Trusts in Australia in The Twenty-First Century*.
- BPHN. *Seminar Pembangunan Nasional VIII Buku I*. Jakarta : BPHN, 2003.
- Lawrence M. Friedman. *American Law : as an Introduction*. Jurnal Keadilan Vol. 2 No. 1 Tahun 2002.
- Lawrence M. Friedmann. *American Law*. New York-London : W.W. Norton Company, 1984.
- Lawrence M. Friedmann Wolfgang. *Legal Theory*, London : Steven & Son, 1953.



## **BAB 6**

### **HUKUM KORPORASI DALAM PRAKTIK BISNIS**

#### **A. Pengantar**

Abad 21 adalah abad globalisasi yang ditandai dengan adanya keterbukaan dan kebebasan dalam berbagai bidang kehidupan. Dengan globalisasi telah terjadi suatu perubahan baik aspek keagamaan, sosial budaya, ekonomi dan keuangan, politik dan keamanan, pendidikan, dsb. Pada awalnya, globalisasi tidak begitu dihiraukan oleh berbagai pihak dalam suatu negara, namun proses lajunya arus globalisasi ini berlangsung sangat cepat dan melalui kontak yang sangat cepat pula, sehingga turut pula membawa dampak negatif.

Ciri yang menonjol dari pergaulan globalisasi adalah :

1) terjadinya pergeseran dari konflik idiologi dan politik ke arah persaingan perdagangan, investasi dan informasi dari keseimbangan kepentingan; 2) hubungan antar negara dan bangsa secara struktural berubah dari sifat ketergantungan (*dependency*) ke arah saling tergantung (*interdependency*), hubungan yang bersifat primordial berubah menjadi sifat tergantung kepada posisi tawar menawar (*bargaining posistion*); 3) batas-batas geografis hampir kehilangan arti operasionalnya. Kekuatan suatu negara dan komunitas dalam

interaksinya dengan negara (komunitas lain) ditentukan oleh kemampuannya, memanfaatkan keunggulan kompetitif; 4) persaingan antar negara sangat diwarnai oleh perang penguasaan teknologi tinggi, setiap negara terpaksa menyediakan dana yang cukup besar untuk penelitian dan pengembangan; 5) terciptanya budaya dunia yang cenderung mekanistik, efisien, tidak menghargai nilai dan norma yang secara ekonomis dianggap tidak efisien.

Berdasarkan ciri tersebut, maka perubahan global tersebut dapat meliputi : 1) globalisasi informasi dan komunikasi sebagai akibat dan kemajuan teknologi dan sarana/prasarana informasi dengan jangkauan yang makin global, kecepatan tinggi dan kapasitas yang cukup besar untuk menyalurkan berbagai ragam informasi; 2) globalisasi dan perdagangan bebas, globalisasi keuangan dan pemilikan kapital, globalisasi pasar dan gerak lajunya perusahaan *transnational corporation* diberbagai negara; 3) globalisasi gaya hidup dan pola konsumsi, globalisasi budaya, globalisasi persepsi dan kesadaran akan produk-produk yang dipasarkan kseluruh dunia; 4) globalisasi media masa dan media cetak serta media elektronik yang membangun opini global; 5) globalisasi politik dan wawasan yang masuk melalui isu antara demokrasi, HAM, lingkungan hidup dan kesetaraan gender.

elektronik dengan dokumen-dokumen elektronik tanpa tanda tangan yang menjadi bukti keabsahan transaksi tersebut.

Transaksi melalui *e-commerce* juga merupakan transaksi perjanjian seperti halnya perjanjian konvensional pada umumnya. Perbedaannya hanya terletak pada perbedaan media yang digunakan, dimana pada *e-commerce*, media yang digunakan adalah media elektronik, yaitu internet. Sehingga kesepakatan perjanjian tercipta melalui *online*, yang mekanismenya terjadi melalui penawaran dan penerimaan seperti halnya perjanjian pada umumnya.

### **C. Hukum Korporasi atau Hukum Bisnis Mengimpor Hukum Asing**

Berkembangnya pranata-pranata kegiatan ekonomi khususnya kegiatan bisnis perusahaan mengakibatkan mau tidak mau membawa perubahan pula dalam perkembangan hukum perusahaan / korporasi. Hukum perusahaan / korporasi pada dasarnya dapat diartikan sebagai perangkat hukum yang mengatur mengenai kegiatan menjalankan perusahaan atau kegiatan mencari keuntungan, yang merupakan suatu kegiatan yang harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut : 1) bahwa kegiatan tersebut harus dilakukan secara terus menerus dalam pengertian tidak terputus ; 2) kegiatan tersebut dilakukan secara terang-terangan dalam pengertian sah /legal; 3) kegiatan

tersebut dilakukan dalam rangka untuk memperoleh keuntungan.

Perubahan tersebut terjadi karena kebutuhan bisnis memang menghendakinya. Sehingga mengakibatkan terjadi impor atau pengambilalihan hukum asing yang umumnya dilakukan secara bulat-bulat, artinya diberlakukan apa adanya tanpa perubahan atau penyesuaian yang berarti. Sehingga seringkali dalam pelaksanaannya menimbulkan permasalahan dan kendala. Dan yang menarik kebanyakan dari ketentuan hukum asing yang diimpor atau diambil alih tersebut justru berasal dari apa yang dipraktikan di negara-negara yang menganut sistem hukum Anglo Saxon seperti Inggris dan Amerika. Sementara Indonesia sendiri menganut sistem hukum Eropa Kontinental.

Menurut Friedman, pada dasarnya perbedaan fundamental antara kedua sistem hukum tersebut adalah dalam dalam sistem hukum *civil war*, mengambil bentuk tertulis yang dikodifikasikan dalam perundang-undangan, sehingga *rigid* dalam perubahan. Segi positifnya lebih menjamin kepastian hukum. Sedangkan sistem hukum *common law* lebih mengacu kepada hukum kebiasaan (*customary law*) yang cenderung tidak tertulis. Sehingga sumber hukum utama dari *civil law* adalah peraturan perundang-undangan walaupun terdapat sumber hukum lain, seperti kebiasaan, yurisprudensi dan



doktrin. Ahli hukum di negara Eropa Kontinental lebih kuat dalam hal penafsiran karena terbiasa mengacu kepada peraturan perundang-undangan, disamping itu juga membutuhkan penafsiran hukum, antara lain penafsiran gramatikal, historis, otentik dan konstruksi hukum.

Hal ini berbeda dengan sistem hukum *common law* yang sumber hukum utamanya adalah yurisprudensi (*judge made by law/binding force of precedent*). Sehingga masalah-masalah hukum diselesaikan kasus perkasus dan hasilnya tercermin dalam putusan-putusan hakim (yurisprudensi). Oleh karenanya kemampuan analisis yang kuat dari para hakim negara-negara Anglo Saxon menjadi salah satu ciri positif karena mereka sudah terbiasa memecahkan masalah dengan melihat kasus-kasus terdahulu. Proses peradilan dengan sistem juri dikenal dalam sistem hukum *common law* tidak dikenal dalam sistem *civil law*.

Sehingga yang terjadi adalah bahwa dalam hukum korporasi terjadi suatu transplantasi pranata-pranata hukum Anglo Saxon ke dalam batang tubuh hukum Eropa Kontinental. Dalam hal ini badannya sudah berbentuk hukum Anglo Saxon sementara kakinya masih berpijak pada atas



hukum Eropa Kontinental, dimana dalam banyak hal tranplantasi tersebut bersifat dipaksakan.

Pada umumnya impor hukum asing mempunyai karakteristik :

1. Diimpor bulat-bulat, yakni dilakukan apa adanya.
2. Berasal dari hukum Anglo Saxon karenanya dilakukan transplantasi hukum.
3. Terasa sangat dipaksakan, sehingga sangat potensial menimbulkan benturan-benturan dalam pelaksanaannya.
4. Dilakukan secara malu - malu kucing. Tidak pernah diakui adanya impor hukum asing tersebut. Karena itu yang diimpor hanya ketentuan-ketentuannya saja (substansinya) tanpa diimpor prosedur maupun pranata hukumnya. Sehingga menimbulkan penafsiran-penafsiran yang rancu dalam praktik.

Diantara hukum-hukum korporasi yang diimpor dari pranata hukum Anglo Saxon terutama dalam pranata hukum Perseroan Terbatas, antara lain :

7. Doktrin *Fiduciary Duty*, yaitu bahwa antara Direktur dan perseroan mempunyai hubungan *fiduciary*. Sehingga pihak Direktur hanya bertindak sebagai *Trustee* yang mempunyai kewajiban mengabdikan penuhnya kepada perseroan. Prinsip ini

perdagangan, dimana salah satu merasa diuntungkan dan di pihak lain merasa dirugikan. Atau dapatlah dikatakan sengketa bisnis merupakan sengketa yang terjadi antara rekanan atau mitra bisnis yang rumit serta sarat dengan unsur keuangan, perbankan modern, peraturan perundangan, etika, pemenuhan kontrak, dan sebagainya.

Berkaitan dengan sengketa bisnis tersebut, maka sengketa tersebut dalam kaitannya dengan kegiatan bisnis dan kegiatan perusahaan, dapat terjadi antara lain berkaitan dengan:

1. Perbuatan melawan hukum dalam perseroan yang mengakibatkan diterapkannya doktrin *piercing the corporate veil* dan doktrin *ultra vires*, yang meliputi :

a. Transaksi dengan perseroan (*self dealing*), yaitu transaksi yang dilakukan oleh Direksi dengan perseroan sendiri, baik yang dilakukan secara langsung oleh Direksi maupun yang dilakukan secara tidak langsung, seperti lewat istri dan saudaranya. Transaksi ini merupakan salah satu transaksi yang menimbulkan benturan kepentingan atau *conflict of interest*.

b. Transaksi kesempatan perseroan (*corporate opportunity*), yaitu sebagai akibat dari adanya *fiduciary duty*, maka Direksi harus mengutamakan kepentingan perseroan dari kepentingan pribadi. Oleh karenanya jika

perseroan mempunyai kesempatan untuk melakukan transaksi dengan pihak ketiga sementara Direksi juga ingin melakukan transaksi dengan pihak ketiga, maka pihak Direksi harus mengutamakan kepentingan perseroan terlebih dahulu.

c. Transaksi yang mengandung benturan kepentingan (*conflict of interest*), yaitu transaksi yang mengandung benturan kepentingan dengan perseroan yang biasanya banyak terjadi karena adanya afiliasi.

d. Transaksi orang dalam (*insider trading*), yaitu transaksi yang dilakukan oleh mereka yang tergolong orang dalam dari perusahaan (seperti Komisaris, Direksi, pegawai, dll) transaksi mana dimotivasi oleh adanya informasi orang dalam yang penting dan belum terbuka untuk umum, dengan transaksi mana pihak pelakunya mengharapkan akan mendapat keuntungan jalan pintas sementara orang lain belum mengetahui informasi tersebut.

e. Tindakan pengurusan oleh Komisaris, yaitu tindakan yang dilakukan oleh Komisaris yang mana tindakan tersebut merupakan tindakan kepengurusan yang menjadi tugas dan kewenangan Direksi dan atas tindakan tersebut tidak ada pelimpahan kewenangan dari Direksi yang pada akhirnya menimbulkan kerugian bagi perseroan dan menimbulkan klaim dari pihak ketiga.

## 2. Transaksi elektronik (*e-commerce*).

Seperti telah diuraikan di atas, walaupun pada prinsipnya perjanjian dalam transaksi *e-commerce* sama dengan perjanjian secara konvensional, namun mekanisme penawaran dan penerimaannya sebagai mekanisme terjadinya kesepakatan perjanjian yang menggunakan media internet menjadikan perjanjian yang terjadi melalui transaksi *e-commerce* rawan akan sengketa.

Penawaran merupakan suatu *invitation to enter a binding agreement*. Suatu perbuatan seseorang merupakan ajakan untuk masuk dalam suatu ikatan perjanjian dapat dianggap sebagai tawaran. Dalam *e-commerce* penawaran dilakukan melalui *website* atau melalui *email address*. Penawaran dan penerimaan merupakan suatu hal yang saling terkait untuk menghasilkan kesepakatan. Untuk menentukan suatu penawaran dan penerimaan dalam *cybersystem* sangatlah tergantung dari keadaan *cybersystem* tersebut. Apakah menggunakan *website* ataukah menggunakan *email address*. Dengan terlampunya tahapan transaksi ini maka terjadilah kontrak *online*.

Akan tetapi proses terciptanya penawaran dan penerimaan masih menimbulkan keraguan-raguan mengenai kapan tercapainya kesepakatan. Terutama dalam sistem hukum Indonesia yang tidak memiliki ketentuan hukum mengenai



konfirmasi. Sehingga dalam hal transaksi jual beli tidak ada kewajiban dari penjual untuk melakukan konfirmasi kepada pembeli, dimana hal ini sangat merugikan pembeli karena pembeli tidak mengetahui apakah pesannya telah diterima atau belum dan jika terjadi wanprestasi akan sulit untuk menentukan kapan terjadinya wanprestasi tersebut karena penjual akan dengan mudah mendalilkan bahwa ia tidak menerima pesanan tersebut. oleh karenanya konfirmasi sangatlah penting.

Ini berbeda dengan apa yang telah digariskan oleh masyarakat Ekonomi Eropa yang telah menggunakan sistem “3 klik”, yaitu :

Cara kerja sistem ini adalah calon pembeli melihat di layar komputer adanya penawaran dari calon penjual (klik pertama), maka calon pembeli memberikan penerimaan terhadap penawaran tersebut (klik kedua). Dan masih disyaratkan adanya peneguhan dan persetujuan dari calon penjual kepada pembeli perihal diterimanya penerimaan dari calon pembeli (klik ketiga). Dengan sistem ini penjual tidak dapat mengelak dengan menyatakan tidak menerima pesanan sementara pembayaran telah dilakukan. Sehingga sangat merugikan pembeli.

Permasalahan *provider* sebagai penyedia jasa akibat kesalahan teknis yang berakibat kepada transaksi *e-commerce*



itu sendiri, seperti misalnya *server down* yang mengakibatkan pesanan tidak diterima. Sehingga menimbulkan wanprestasi.

Selain itu juga terdapat permasalahan mengenai otentisitas atau keaslian *message* sebagai dokumen elektronik. Data *message* merupakan informasi yang dimuat, disimpan atau dikomunikasikan melalui alat-alat elektronik, optik atau semacamnya termasuk tapi tidak terbatas pada EDI (*Electronic Data Interchange*), *email*, telegram, teleks, atau telekopi. Dimana perlu adanya pengakuan hukum terhadap data *message* ini dan mendefinisikan tulisan dan tandatangan admisibilitas mempunyai nilai pembuktian. Serta belum adanya hukum yang dapat mencegah kecurangan perubahan data elektronik.

#### **E. Ketertinggalan Perkembangan Hukum Korporasi Maupun Hukum Bisnis**

Seperti telah diuraikan di atas, bahwa globalisasi telah merasuk hampir seluruh bidang kehidupan dan terutama bidang ekonomi yang dalam prakteknya dapat menimbulkan sengketa.

Kedua ini, tentunya mau tidak mau berpengaruh pula dalam bidang hukum bisnis ataupun hukum perusahaan mengingat bisnis atau hukum korporasi merupakan kegiatan yang menjadi urat nadi kehidupan perekonomian termasuk didalamnya kegiatan perusahaan, dimana posisi perusahaan di

era globalisasi merupakan titik setral karena di dalamnya memiliki masalah yang kompleks sifatnya yang antara lain mencakup masalah HAKI, alih teknologi, investasi dan perdagangan bebas. Hal ini karena pada dasarnya perusahaan merupakan pelaku ekonomi yang aktif, dimana majunya gerak perusahaan selalu diikuti dengan perkembangan masyarakat.

Hukum korporasi/bisnis merupakan pranata hukum yang penting mengingat perkembangan bisnis yang cukup pesat dan juga mengingat sengketa-sengketa yang terjadi yang memerlukan pranata hukum yang pasti dan jelas untuk pengaturannya. Oleh karenanya hukum bisnis dan hukum korporasi sangatlah dibutuhkan dalam praktik. Berdasarkan tujuan yang ingin dicapai dalam menjalankan bisnis maupun menjalankan perusahaan, maka hukum bisnis dapat diartikan sebagai "setiap prangkat hukum (undang-undang atau peraturan lain) yang mengatur setiap kegiatan menjalankan perusahaan atau mengatur hubungan hukum antara pelaku ekonomi atau para pihak yang menjalankan perusahaan."

Untuk itu, maka hukum bisnis harus mampu memberikan solusi apabila terjadi persoalan yang berkaitan dengan kegiatan bisnis pada umumnya. Apalagi seperti telah diuraikan di atas terdapat kecenderungan bahwa kegiatan ekonomi semakin mapan dengan frekuensi yang cepat dengan hubungan hukum yang semakin beragam. Ini berarti hukum

bisnis harus berkembang sesuai dengan kebutuhan melalui titik-titik simpul yang bersumber dari hukum perdata (yaitu hukum perikatan/perjanjian) dan yang berasal dari titik simpul hukum dagang.

Dan selanjutnya mengingat hukum bisnis pada hakekatnya bersifat netral, maka perspektif hukum bisnis harus jalan dan sejajar dengan hukum bisnis itu sendiri. Pertumbuhan ekonomi yang menjadi tumpuan bagi perkembangan bisnis sangat membutuhkan berbagai perangkat hukum/perangkat peraturan yang baru yang mampu memenuhi kebutuhan.

Masuknya pranata ekonomi maupun hukum asing tersebut sering kali tidak cocok diterapkan di Indonesia sebagai akibat benturan perbedaan sistem hukum. Padahal menurut Rekomendasi Tindak Bidang Ekuin yang dihasilkan dalam Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII mengenai Aspek Masalah Keuangan dikatakan, "kebijakan dalam bidang Ekuin pada umumnya mengambil ketentuan dari sistem hukum *common law* yang kadangkala tidak cocok diterapkan dinegara kita yang menganut *civil law* terutama yang menyangkut prosedur yang dibentuk dari sejarah, budaya dan tradisi hukum masing-masing negara yang berbeda.

Akan tetapi dalam kenyataannya keberadaan hukum bisnis sangatlah tertinggal dibandingkan dengan perkembangan kegiatan bisnis yang terus berlari kencang mengikuti

perkembangan kebutuhan peluang bisnis baru, Iptek/Teknologi, kebutuhan pasar, perubahan ekonomi dan berbagai faktor pendorong lainnya, seperti :

5. telah berkembangnya pranata bisnis yang berkaitan dengan transaksi jaminan sebagai bentuk inovasi dari hipotik/hak tanggungan ataupun gadai yang antara lain seperti *second mortgage* (jaminan kedua), jaminan atas HAKI, sementara pran hukum bisnis yang demikian belum mampu memberikan suatu jalan keluar untuk penerapannya.

6. kegiatan konglomerasi yang telah berkembang di Indonesia sejak dekade 70-an dimana berkembang group-group perusahaan dalam bentuk *holding* dan *subsidiary company* sebagai *trend* dan kebutuhan bisnis yang tidak dapat dihindari yang sering kali menimbulkan perbuatan persaingan tidak sehat. Namun sampai saat ini pranata hukum bisnis maupun pranata hukum korporasi yang mengatur mengenai bentuk kegiatan bisnis konglomerasi belum juga ada pengaturannya. Yang ada hanya peraturan mengenai Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan tidak Sehat yaitu dengan diundangkannya pada tahun 1999, Undang Undang No. 5 tahun 1999.

7. telah berkembangnya bentuk pembiayaan baru sebagai lembaga keuangan pembiayaan baru, seperti SMF yang didalamnya terkait banyak pranata hukum, seperti lembaga



- 19) Hukum mempunyai landasan yuridis, filosofis maupun sosiologis;
- 20) Perlu diusahakan agar hukum tersebut diberi bentuk tertulis.

Menurut Mochtar Kusumaatmadja, ukuran dapat dilakukan pengembangan/ pembaharuan bidang hukum adalah :

1) Ukuran keperluan yang mendesak.; 2) *Feasibility*, bidang hukum yang mengandung terlalu banyak halangan ditanggihkan; 3) Perubahan yang pokok, dimana perubahan diperlukan karena pertimbangan politik, ekonomi dan sosial; 4) Penggunaan model asing, walaupun adalalkanya menguntungkan juga harus memperhatikan hambatan terhadap penggunaan model asing tersebut.

Namun demikian, walaupun perubahan hukum tersebut dimungkinkan, tapi perubahan hukum haruslah mengalami menyesuaikan. Perubahan melalui sarana pembangunan hukum dilakukan dengan pembentukan hukum positif atau peraturan perundang-undangan yang disesuaikan dengan nilai-nilai dan kenyataan yang hidup di dalam masyarakat. Menurut Mochtar Kusumaatmadja, "Di Indonesia, undang-undang merupakan cara pengaturan hukum yang utama".



Dengan sarana Hukum dalam bentuk peraturan perundang-undangan dengan memperhatikan konsep pemikiran sistem hukum Indonesia, maka hukum bisnis yang pada dasarnya didalamnya lebih merupakan hukum perikatan yang masuk dalam hukum harta kekayaan dan merupakan hukum pelengkap, maka sebagai bidang hukum netral, pembaharuan hukum dapat dilakukan sebagaimana konsep pembangunan hukum dari Mochtar Kusumaatmadja yang menyatakan, bahwa hukum dapat dipilah antar bidang hukum netral dan bidang hukum tidak netral. Sehingga untuk pembaharuan hukum harus ditentukan bidang hukum mana yang dapat diperbaharui dan bidang hukum mana yang sebaiknya dibiarkan dulu. Bidang hukum yang sangat erat kaitannya dengan kehidupan budaya dan spiritual masyarakat (bidang hukum tidak netral) sementara harus dibiarkan, seperti bidang-bidang hukum kekeluargaan, perkawinan, perceraian serta waris. Sebaliknya bidang-bidang lain, seperti hukum perjanjian, perseroan, dan hukum perniagaan pada umumnya merupakan bidang hukum yang tepat untuk usaha pembaharuan (bidang hukum netral). Terhadap bidang hukum netral dapat digunakan hukum negara lain. Sedangkan bidang hukum tidak netral harus selalu memperhatikan asas hukum dalam sistem hukum Indonesia.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Manan, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, Ed. Pertama, Cet. 1, Jakarta Prenada Media, 2005.
- Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Ketiga, Jakarta : Balai Pustaka, 2001.
- Edmon Makarim, *Kompilasi Hukum Telematika*, Cet. Pertama, Jakarta : PT. RajaGrafindo Persada, September 2003.
- Gunawan Widjaja, *Transplantasi Trusts Dalam KUH Perdata, KUHD dan Undang Undang Pasar Modal*, Ed. 1, Cet. 1, Jakarta : PT. RajaGrafindo Persada, 2008
- Indriyo Gitosudarmo, *Pengantar Binsis*, Edisi 2, Cet. Kelima, Yogyakarta : BPFE-Yogjakarta, 1999.
- Joni Emirzon, *Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan (Negosiasi, Mediasi & Arbitrase)*, Cet. Pertama, Jakarta : Penerbit P.T. Gramedia Pustaka Utama, 2000.
- Kamles K. Bajaj dan Debjani Nag, *E-Commerce ; Revolusi Baru Dunia Bisnis*, Penerjemah H.A. Imam Mawardi , Cet. Pertama, Surabaya : Akana Press Mei 2000.
- Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum dan Masyarakat*, Bandung : Bina Cipta, 1976.
- Suyud Margono, *ADR (Alternative Dispute Resolution) & Arbitrase : Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum*, Cet. Pertama, Jakarta : Penerbit Ghalia Indonesia, Juni 2000.
- Sri Redjeki Hartono, *Kapita Selekta Hukum Ekonomi*, Cet.1, Bandung : Madar Maju, 2000.
- Jusuf Anwar, *Pasar Modal Sebagai Sarana Pembiayaan dan Investasi*, Ed. 1, Cet. 1, Bandung : Penerbit Alumni, 2005



## **BAB 7**

# **KETERKAITAN PERBUATAN MELAWAN HUKUM DAN WANPRESTASI DALAM KEGIATAN BISNIS**

### **A. Pengantar**

Hampir semua kegiatan dan perbuatan bisnis selalu menimbulkan terjadinya hubungan antara dua orang atau dua pihak yang dinamakan perikatan. Ada perikatan yang lahir dari perjanjian dan ada perikatan yang lahir karena undang-undang. Perikatan yang lahir dari perjanjian selalu dikehendaki oleh dua orang atau dua pihak yang membuat suatu perjanjian, sedangkan perikatan yang lahir dari undang-undang diadakan oleh undang-undang diluar kemauan para pihak yang bersangkutan. Akibat dari tidak dipenuhinya ketentuan dalam perikatan menimbulkan terjadinya Perbuatan Melawan Hukum karena ada ketentuan undang-undang yang dilanggar, maupun Wanprestasi yang merupakan perbuatan yang tidak sesuai dengan apa yang telah diperjanjikan oleh para pihak. Kedua hal tersebut yaitu perbuatan melawan hukum dan wanprestasi merupakan perbuatan yang bertentangan dengan kepatutan yang berlaku dalam masyarakat.



Perbuatan melawan hukum diatur dalam pasal 1365-1380 KUH Perdata. Sedangkan wanprestasi diatur dalam pasal 1243 KUH Perdata. Dalam ketentuan tersebut ditentukan bahwa setiap orang terikat untuk melakukan sesuatu dan tidak melakukan sesuatu berdasarkan ketentuan undang-undang. Melakukan atau tidak melakukan sesuatu tersebut tidak perlu harus mendapatkan persetujuan dari yang bersangkutan terlebih dahulu, karena memang sudah demikian ditentukan oleh undang-undang. Sehingga apabila seseorang melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang ternyata menimbulkan kerugian bagi orang lain, maka menurut ketentuan KUH Perdata, orang yang menyebabkan timbulnya kerugian tersebut wajib untuk membayar ganti kerugian yang diderita oleh orang lain tersebut. Hal ini berbeda dengan wanprestasi, yaitu untuk wanprestasi selalu disyaratkan adanya perjanjian tertulis atau kontrak terlebih dahulu. Sedangkan perbuatan melawan hukum tidak didasarkan oleh adanya perjanjian sebelumnya. Jika tidak ada kontrak sebelumnya, namun menimbulkan sengketa, maka hal tersebut merupakan sengketa berdasarkan perbuatan melawan hukum.

Jika salah satu pihak dalam perjanjian atau kontrak tersebut tidak melaksanakan kewajiban sebagaimana mestinya, maka pihak yang merasa dirugikan akibat tindakan pihak lainnya

tersebut dapat mengajukan tuntutan ganti kerugian kepada pengadilan dengan alasan pihak lainnya tersebut telah melakukan inbrek janji atau wanprestasi.

Dalam praktiknya ternyata masih banyak pihak yang belum memahami atau belum dapat membedakan kapan suatu perbuatan dikatakan sebagai perbuatan melawan hukum dan kapan suatu perbuatan dikatakan sebagai wanprestasi. Kenyataan ini tidak hanya kita temui pada para pelaku bisnis yang umumnya merupakan masyarakat awam hukum saja, namun ternyata juga masih ada beberapa kalangan sarjana hukum yang ternyata belum memahami betul dimana letak perbedaan kedua hal tersebut. Hal ini dapat disimpulkan dari banyaknya gugatan yang diajukan ke pengadilan, yang para pihaknya diwakili oleh kuasa hukum masing-masing, yang gugatannya mendapatkan eksepsi atau bantahan dari pihak lawan, karena gugatannya tidak jelas (*obscur libele*), yaitu karena antara uraian posita dan petitum dalam gugatannya berbeda.

Dalam hal seseorang hendak mengajukan gugatan terhadap pihak lainnya ke pengadilan maka harus benar-benar memahami dulu apakah perbuatan tersebut merupakan perbuatan melawan hukum ataukah perbuatan wanprestasi. Hal ini penting selain agar tidak terjadi perumusan gugatan

antara posita dengan petitum yang saling bertolak belakang, juga penting untuk memudahkan penentuan dasar hukum yang akan dipergunakan. Jika kita hendak menggugat seseorang dengan alasan perbuatan melawan hukum, maka dasar hukum yang digunakan adalah Pasal 1365 KUHPdt. Jika gugatannya karena alasan wanprestasi, maka dasar hukum yang dipergunakan adalah Pasal 1243 KUHPdt.

### **B. Perbuatan Melawan Hukum (PMH)**

Istilah perbuatan melawan hukum ini dalam bahasa Belanda dikenal dengan istilah *onrechtmatige daad*. Perihal mengenai perbuatan melawan hukum diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata, yang menyatakan bahwa *“tiap perbuatan melanggar hukum yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian tersebut”*.

Lalu kemudian muncul pertanyaan apakah sesungguhnya yang dimaksud dengan perbuatan melawan hukum tersebut. Untuk menjawab pertanyaan tersebut, ternyata dalam praktiknya banyak pihak yang memberikan definisi atau batasan mengenai apa perbuatan melawan hukum tersebut.

Perbuatan melawan hukum adalah sebagai suatu kumpulan dari prinsip-prinsip hukum yang bertujuan untuk mengontrol atau mengatur perilaku berbahaya, untuk memberikan tanggung

kewajiban yang timbul dari suatu kontrak atau perjanjian tertulis). Oleh karena itu, terhadap perbuatan melawan hukum tidak terdapat unsur persetujuan atau kesepakatan terlebih dahulu dan juga tidak ada unsur kausa yang diperbolehkan sebagaimana terdapat dalam kontrak atau perjanjian tertulis.

## 2. Perbuatan tersebut melawan hukum.

Sebagaimana diketahui bahwa sebelum tahun 1919, perbuatan melawan hukum ini ditafsirkan dengan sangat sempit ketika itu, yaitu dimana perbuatan melawan hukum semata-mata hanya dipandang sebagai perbuatan yang merugikan hak orang lain sebagaimana yang sudah diatur dalam undang-undang. Namun puncaknya pada tanggal 31 Januari 1919 di negeri Belanda dalam putusan *Hoge Raad*-nya dalam perkara *Lindenbaum versus Cohen* yang keduanya merupakan pengusaha di bidang percetakan, namun diantara keduanya terlihat persaingan yang sangat tajam. Dimana dalam kenyataannya percetakan Lindenbaum mengalami kemajuan yang sangat pesat, sementara percetakan milik Cohen sebaliknya. Untuk menaikkan omzetnya, muncul ide dari Cohen untuk membujuk karyawan Lindenbaum untuk membuka rahasia perusahaan lindenbaum, dengan cara meminta daftar harga dan daftar nama pelanggan percetakan Lindenbaum. Kemudian setelah mendapatkan rahasia tersebut, Cohen



memberikan penawaran dengan harga yang jauh lebih murah kepada para pelanggan Lindenbaum tersebut, yang berakibat semua langganan Lindenbaum beralih menjadi langganan Cohen. Hal ini diketahui oleh Lindenbaum dan kemudian mengugat Cohen dengan alasan melakukan perbuatan melawan hukum, yaitu melanggar Pasal 1401 BW Belanda (1365 KUHPdt Indonesia) dan menuntut ganti rugi di pengadilan Amsterdam. Di pengadilan tingkat pertama Cohen kalah, sedangkan ditingkat banding Cohen dinyatakan menang. Pengadilan banding berpendapat bahwa perbuatan Cohen tidak dilarang oleh Undang-undang. Mahkamah Agung (*Hoge Raad*) membenarkan gugatan Lindenbaum dengan pertimbangan bahwa perbuatan Cohen tersebut merupakan perbuatan melawan hukum menurut pengertian yang seluas-luasnya dari Pasal 1401 BW Belanda, yaitu diartikan juga sebagai berbuat atau tidak berbuat yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pembuat (Cohen) baik terhadap benda maupun diri orang lain.

3. Adanya kesalahan dari pihak pelaku.

Suatu tindakan yang oleh hukum dianggap mengandung kesalahan sehingga dapat dimintakan tanggung jawabnya secara hukum jika memenuhi unsur-unsur sebagai berikut :



- a. Adanya unsur kesengajaan;
  - b. Adanya unsur kelalaian (*negligence*) dan
  - c. Tidak ada alasan pembenar atau alasan pemaaf, misalnya alasan *overmacht*, tidak waras dan lain-lain.
4. Adanya kerugian bagi korban.

Berbeda dengan kerugian karena wanprestasi yang hanya mengenal kerugian materiil, maka kerugian karena perbuatan melawan hukum disamping kerugian materiil, Jurisprudensi juga mengakui konsep kerugian immaterial, yang dinilai dengan uang.

5. Adanya hubungan kasual antara perbuatan dengan kerugian.<sup>5</sup>

Hubungan kausal antara perbuatan yang dilakukan dengan kerugian yang terjadi juga merupakan syarat dari suatu perbuatan melawan hukum.

Berdasarkan pengertian perbuatan melawan hukum sebagaimana tersebut diatas maka para pelaku bisnis harus berhati-hati agar tidak melakukan perbuatan melawan hukum baik dalam arti sempit maupun dalam arti luas agar tidak ada permasalahan hukum dikemudian hari yang dapat mempengaruhi kelancaran kelancaran bisnisnya.

### C. Wanprestasi

Sebagaimana perbuatan melawan hukum maka Wanprestasi juga merupakan perbuatan yang bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat, baik dalam bentuk tidak melakukan apa yang diperjanjikan, melaksanakan apa yang diperjanjikan tetapi tidak sebagaimana mestinya, melakukan apa yang diperjanjikan tetapi terlambat, atau melakukan sesuatu yang dilarang dalam perjanjian.

Semua unsur-unsur atau bentuk tindakan tersebut di atas merupakan keadaan dimana seseorang dianggap melakukan wanprestasi terhadap suatu perjanjian atau kontrak yang sudah dibuat sebelumnya. Perikatan yang lahir dari perjanjian merupakan yang paling banyak terjadi dalam kehidupan manusia sehari-hari.<sup>6</sup> Terjadinya wanprestasi dapat diartikan baik dalam hal perbuatan si wanprestasi tersebut memenuhi semua unsur tersebut atau hanya melakukan satu unsur saja, misalnya hanya melakukan apa yang dilarang dalam perjanjian, maka dalam hal demikian sudah dapat dikategorikan sebagai perbuatan wanprestasi.

Wanprestasi (cidera/ingkar janji) sangat berhubungan erat dengan adanya perikatan atau perjanjian antara para pihak, maka dapat dipastikan bahwa tidak akan ada wanprestasi tanpa

adanya perikatan atau perjanjian. Hal ini berkaitan dengan pengertian perikatan, yaitu bahwa tiap-tiap perikatan adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu atau untuk tidak berbuat sesuatu (Pasal 1234 KUHPdt).

Dalam hukum perjanjian berlaku sekurang-kurangnya tiga prinsip atau asas yang bersifat universal, yaitu : Asas Konsensualisme, Asas Mengikat Persetujuan dan Asas Kebebasan Berkontrak.<sup>7</sup> Asas Konsensualisme (konsensus) sangat erat dengan asas Kebebasan Berkontrak. Falsafah janji itu mengikat ( *pacta servanda* ) terdapat juga dalam sebuah pantun Melayu yang mengatakan “kerbau dipegang talinya, manusia dipegang janjinya”.<sup>8</sup>

Keadaan wanprestasi itu timbul antara lain karena debitur tidak memenuhi kewajibannya, setelah dinyatakan terlebih dahulu dengan somasi atau *ingebrekestelling* bahwa debitur telah lalai. Atau jika perikatan itu menetapkan tenggang waktu tertentu, maka debitur harus dianggap lalai dengan lewatnya waktu yang ditentukan tersebut (ex. Pasal 1238).

Yang dimaksud dengan wanprestasi menurut Prof. Subekti adalah apabila si berutang (debitur) tidak melakukan apa yang dijanjikannya, maka dikatakan ia melakukan wanprestasi. Ia alpa atau lalai atau ingkar janji. Atau juga melanggar

perjanjian, bila ia melakukan atau berbuat sesuatu yang tidak boleh dilakukannya.<sup>9</sup>

Yang dimaksudkan wanprestasi (*default* atau *non fulfillment*, ataupun yang dikenal dengan sebutan *breach of contract*) adalah tidak dilaksanakannya prestasi atau kewajiban sebagaimana mestinya yang dibebankan oleh kontrak terhadap pihak-pihak tertentu seperti yang disebutkan dalam kontrak yang bersangkutan.<sup>10</sup>

Bentuk wanprestasi yang dapat dilakukan oleh debitor ada 4 (empat) macam yaitu :

1. Tidak melakukan apa yang disanggupi akan dilakukannya;
2. Melaksanakan apa yang diperjanjikan tidak sebagaimana mestinya;
3. Melaksanakan apa yang diperjanjikan tidak tepat pada waktunya;
4. Melakukan sesuatu yang sesungguhnya dilarang dalam perjanjian.

Yang dimaksud dengan prestasi yang harus dipenuhi oleh para pihak dalam suatu perjanjian sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 1234 KUH Perdata adalah berupa: memberikan

sesuatu, berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu. Sedangkan tindakan wanprestasi dapat terjadi karena : kesengajaan, kelalaian, atau tanpa kesalahan (tanpa adanya kesalahan atau kesengajaan).

Tindakan wanprestasi membawa konsekuensi dapat merugikan kepentingan pihak lain dalam perjanjian, oleh karenanya pihak yang merasa kepentingannya dirugikan akibat tindakan wanprestasi tersebut dapat menuntut ganti kerugian dari pihak yang telah melakukan wanprestasi.

Menurut Prof. Subekti, ganti kerugian yang dituntut dapat diperinci menjadi beberapa unsur, yaitu biaya (*kosten*), rugi (*schaden*) dan bunga (*interesten*). Yang dimaksud dengan biaya adalah segala pengeluaran atau perongkosan yang sudah nyata-nyata dikeluarkan oleh satu pihak. Yang dimaksud dengan rugi adalah kerugian karena kerusakan barang-barang kepunyaan kreditur yang diakibatkan oleh kelalaian si debitur. Sedangkan yang dimaksud dengan bunga adalah kerugian yang berupa kehilangan keuntungan (*winstderving*), yang sudah dibayangkan atau dihitung oleh kreditur.<sup>11</sup>

Dalam aktifitas bisnis hampir selalu dimulai dengan dilakukannya perjanjian antara dua orang/pihak atau lebih baik berupa perjanjian tertulis atau tidak tertulis. Dalam hal pelaku bisnis tidak dapat memenuhi kewajibannya sesuai perjanjian



maka pelaku bisnis tersebut dikatakan telah melakukan perbuatan Wanprestasi.

#### **D. Hubungan Antara Perbuatan Melawan Hukum Dengan Wanprestasi**

Perbuatan Melawan Hukum dengan perbuatan Wanprestasi merupakan dua keadaan yang berdiri sendiri dan memiliki akibat hukum yang berdiri sendiri pula. Kedua hal tersebut sama-sama diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Pasal 1233 ayat (1) KUHPdt. menyatakan bahwa : *“Tiap-tiap perikatan dilahirkan, baik karena suatu persetujuan, maupun karena undang-undang”*. Akibat hukum suatu perikatan yang lahir dari perjanjian memang dikehendaki oleh para pihak, karena perjanjian didasarkan pada kesepakatan, yaitu adanya persesuaian kehendak antara para pihak yang membuat perjanjian. Sedangkan akibat hukum suatu perikatan yang lahir dari undang-undang biasanya tidak dikehendaki, bahkan tidak membutuhkan pernyataan kehendak dari para pihak, karena hubungan hukum dan akibat hukumnya sudah ditentukan sedemikian rupa oleh undang-undang.

Apabila terjadi pelanggaran atas perjanjian atau kontrak yang telah disepakati, maka pihak yang merasa dirugikan oleh pelanggaran kontrak tersebut dapat mengajukan tuntutan atau gugatan dengan alasan salah satu pihak telah melakukan wanprestasi. Alasannya, karena berdasarkan perjanjian atau kontrak yang sudah dibuat tersebut, menimbulkan hubungan kontraktual antara para pihak yang menimbulkan kerugian dengan pihak yang menderita kerugian.

Apabila tidak ada hubungan kontraktual atau tidak adanya perjanjian atau kontrak antara pihak yang menimbulkan kerugian dengan pihak yang menderita kerugian, maka gugatan atau tuntutan yang dapat diajukan adalah gugatan perbuatan melawan hukum.

Menurut ajaran teori klasik, yang membedakan antara Wanprestasi dengan Perbuatan Melawan Hukum adalah terletak pada tujuan dilakukannya gugatan. Gugatan wanprestasi adalah bertujuan untuk menempatkan penggugat pada posisi seandainya perjanjian atau kontrak tersebut terpenuhi (*put the Plaintiff to the position if he would have been in had the contract been performed*). Dengan demikian ganti rugi tersebut adalah berupa kehilangan keuntungan yang diharapkan (*expectation loss*). Sedangkan tujuan gugatan Perbuatan Melawan Hukum adalah untuk menempatkan posisi

penggugat kepada keadaan semula sebelum terjadinya Perbuatan Melawan Hukum. Sehingga ganti rugi yang diberikan adalah kerugian yang nyata (*reliance loss*).<sup>12</sup>

Alasan utama para pihak mengajukan gugatan ke Pengadilan Negeri adalah karena adanya Perbuatan Melawan Hukum atau Wanprestasi. Di luar kedua alasan tersebut tidak ada alasan lain lagi yang dapat dijadikan alasan untuk mengajukan gugatan ke pengadilan. Atau dengan kata lain alasan mengajukan gugatan ke pengadilan hanya didasari pada dua alasan, yaitu karena alasan Perbuatan Melawan Hukum atau karena alasan Wanprestasi saja.

Agar gugatan penggugat dikabulkan oleh pengadilan, maka surat gugatan penggugat harus memenuhi syarat-syarat formil suatu gugatan. Salah satu syarat formil yang utama adalah bagaimana merumuskan kesesuaian antara posita dengan petitum.

Yang dimaksud dengan posita adalah uraian peristiwa hukum yang menjadi dasar pendukung gugatan dan petitum, yang menyebutkan apa yang dikehendaki atau diminta oleh penggugat. Sedangkan yang dimaksud dengan petitum adalah tuntutan yang dituntut oleh penggugat dalam gugatannya.

Seringkali dalam praktek ditemukan bahwa yang dirumuskan penggugat dalam positanya adalah wanprestasi namun dalam petitumnya menuntut perbuatan melawan hukum.

Apabila dalam positanya diuraikan mengenai wanprestasi, maka petitumnya harus disesuaikan dengan positanya tersebut. Tidak boleh positanya perbuatan melawan hukum sementara petitumnya menuntut tergugat dinyatakan melakukan wanprestasi.

Selain itu juga, gugatan perbuatan melawan hukum dengan gugatan wanprestasi tidak dapat digabung dalam satu gugatan. Hal ini mengacu pada Jurisprudensi Putusan Mahkamah Agung RI No. 1875/K/Pdt/1984 tanggal 28 April 1986 yang memutuskan : *“Penggabungan gugatan perbuatan melawan hukum dengan perbuatan ingkar janji tidak dibenarkan dalam tertib beracara dan harus diselesaikan secara tersendiri”*, maupun Putusan Mahkamah Agung RI No. 879 K/ Pdt/1999 tanggal 29 Januari 2001 yang dalam pertimbangannya menyebutkan “Suatu gugatan yang didasarkan atas dasar perbuatan melawan hukum tidak dapat juga diajukan sebagai akibat dari suatu ingkar janji, karena kedua dasar hukum itu diatur dalam pasal-pasal yang berbeda dalam KUH Perdata, yaitu Perbuatan Melawan Hukum dalam Pasal 1365 KUH Perdata. dan Wanprestasi dalam Pasal 1243 KUHPdt., juga



akibat hukum yang dapat dituntut dari kedua perbuatan tersebut adalah berbeda.

Secara substansi dapat dikatakan bahwa hubungan atau keterkaitan antara Perbuatan Melawan Hukum dengan Wanprestasi semata-mata hanya dari sudut akibat yang ditimbulkan, yaitu menyebabkan kerugian bagi orang lain. Kerugian yang diderita oleh Perbuatan Melawan Hukum akibatnya jauh lebih luas dari akibat yang diderita akibat Wanprestasi.

Kerugian akibat Perbuatan Melawan Hukum tidak saja hanya menyangkut kerugian materiil saja, tetapi juga dapat membawa konsekuensi kerugian immaterial yang dapat dinilai dengan uang. Sedangkan akibat yang ditimbulkan oleh Wanprestasi hanya kerugian materiil yang sekiranya sudah dapat diprediksi sebelumnya, namun tidak jadi didapatkan karena adanya tindakan wanprestasi dari salah satu pihak. Oleh karena itu, dalam gugatan yang didasarkan pada alasan Wanprestasi penggugat tidak dapat menuntut tergugat untuk membayar ganti kerugian immateriil, melainkan hanya menuntut ganti kerugian yang nyata-nayata timbul akibat wanprestasi tersebut. Olehkarenanya jelas bahwa akibat Perbuatan Melawan Hukum lebih luas dari akibat perbuatan Wanprestasi.



Perbuatan Melawan Hukum ada karena adanya perbuatan pihak lain yang merugikan pihak lainnya dengan cara melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh undang-undang mewajibkan orang tersebut untuk melakukan atau tidak melakukan hal tersebut. Hal mengenai melakukan atau tidak melakukan sesuatu tersebut tidak diperjanjikan terlebih dahulu dan pengikatannya tidak memerlukan pernyataan setuju atau pernyataan kehendak dari orang-orang yang menyebabkan timbulnya Perbuatan Melawan Hukum tersebut, karena memang sebelumnya sudah ditentukan sedemikian rupa dalam undang-undang. Sedangkan Wanprestasi semata-mata ditimbulkan oleh adanya pelanggaran kontrak atau perjanjian yang dilakukan oleh pihak lainnya, perbuatan mana menyebabkan kerugian bagi pihak lainnya. Oleh karena itu gugatan Wanprestasi harus didasari adanya perjanjian antara para pihak yang bersengketa, yang kemudian perjanjian tersebut dilanggar oleh salah satu pihak. Sehingga dapat dikatakan bahwa tidak ada wanprestasi jika tidak ada kontrak.

## **E. PENUTUP**

Hampir semua kegiatan bisnis terkait dengan perikatan baik yang bersumber dari undang-undang maupun perjanjian.

Dalam hal ini pelaku bisnis tidak memenuhi apa yang diwajibkan oleh undang-undang maka disebut melakukan Perbuatan Melawan Hukum. Sedangkan tidak dipenuhinya kewajiban sebagaimana ditentukan dalam perjanjian disebut dengan perbuatan Wanprestasi.

Perbuatan Melawan Hukum dengan perbuatan Wanprestasi merupakan dua keadaan yang berbeda dan memiliki akibat hukum yang berbeda pula. Kedua hal tersebut sama-sama diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Secara substansi dapat dikatakan bahwa hubungan atau keterkaitan antara Perbuatan Melawan Hukum dengan Wanprestasi semata-mata hanya dari sudut akibat yang ditimbulkan, yaitu menyebabkan kerugian bagi orang lain. Kerugian yang diderita oleh Perbuatan Melawan Hukum akibatnya jauh lebih luas dari akibat yang diderita dari perbuatan Wanprestasi.

Kerugian akibat Perbuatan Melawan Hukum tidak saja hanya menyangkut kerugian materiil saja, tetapi juga dapat membawa

konsekuensi kerugian immaterial yang dapat dinilai dengan uang. Sedangkan akibat yang ditimbulkan oleh Wanprestasi hanya kerugian materiil yang sekiranya sudah dapat diprediksi sebelumnya, namun tidak jadi didapatkan karena adanya tindakan wanprestasi dari salah satu pihak. Oleh karenanya jelas bahwa akibat Perbuatan Melawan Hukum lebih luas dari akibat perbuatan Wanprestasi.

## DAFTAR PUSTAKA

### Buku-Buku :

Anthony LP. Hutapea, *Hukum PerdataGuagatan Hukum atau Gugatan Wanprestasi*, Makalah yang disampaikan pada pendidikan Advokat angkatan IX pada Lembaga Pendidikan Hukum & Bisnis, Jakarta Study Centre, Jakarta, 14 Mei, 2004;

Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2003;

Madjedi Hasan, *Pacta Sunt Servanda*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2005;

Mariam Darus Badruzaman, et.al, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001;

Munir Fuady, *Hukum Kontrak(Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001;

Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum (Pendekatan Kontemporer)*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002;

Rachmad Setiawan, *Tinjauan Elementer Perbuatan Melawan Hukum*, Alumni, Bandung, 1982;

Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet. Ke 18, PT. Intermasa, Jakarta, 2001.

Suharnoko, *Hukum Perjanjian*, Cet.Pertama, Prenata Media, Jakarta, 2004.

### Perundang-Undangan

Kitab Undang-undang Hukum Perdata, Cet. Ke 34, edisi revisi, PT. Pradnya Paramita, Jakarta, 2004

## **BAB 8**

### **PERSPEKTIF HUKUM ATAS PEMBIAYAAN SEKUNDER PERUMAHAN**

#### **A. Pengantar**

Rumah sebagai salah satu kebutuhan primer masyarakat menempati posisi strategis dalam perekonomian keluarga. Sehingga pemenuhan akan kebutuhan papan (rumah) menjadi salah satu perhatian utama Pemerintah yang dilakukan dengan memprioritaskan pada upaya untuk meningkatkan jumlah penduduk yang memiliki dan mendiami rumah layak huni melalui peningkatan akses kapital untuk melakukan pembangunan dan perbaikan rumah (RPJMN, 2005, 34).

Pengembangan pola pembiayaan perumahan menjadi prioritas karena sangat sedikit masyarakat yang mampu membeli rumah secara tunai. Masyarakat membeli rumah secara kredit melalui bank yaitu bank penyedia KPR. Akan tetapi perbankan memiliki keterbatasan untuk memenuhi kebutuhan pendanaan melalui pola penyaluran KPR yang terjadi karena perbankan memiliki keterbatasan memenuhi pendanaan jangka panjang yang harus disediakan bagi KPR, sementara pemenuhan pendanaan tersebut bersumber pada pendanaan jangka pendek yang berasal dari tabungan, deposito, dan giro. Sehingga



perbankan mendapat risiko kesenjangan jangka waktu antara dana yang dihimpun dan pembiayaan yang disalurkan (*maturity mismatch*).

Mengingat pentingnya keberadaan lembaga ini, Indonesia merasa perlu untuk mendirikan dan mengembangkan sistem pembiayaan Sekunder Perumahan dengan cara mengadopsi sistem pembiayaan yang berasal dari sistem hukum *common law* tersebut. Untuk itu sebagai payung hukum bagi keberadaan lembaga ini di Indonesia, maka Presiden RI pada tanggal 7 Februari 2005 telah mengeluarkan Peraturan Presiden No. 19 tahun 2005 (Perpres No. 19/2005) tentang Pembiayaan Sekunder Perumahan yang kemudian diamandemen dengan Peraturan Presiden RI No. 1 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Peraturan Presiden No. 19 tahun 2005 pada tanggal 26 Januari 2008.

Walaupun Indonesia telah mengadopsi sistem pembiayaan sekunder perumahan ini dengan menerbitkan Perpres No. 19/2005 jo Perpres No. 1/2008, namun tidak mudah untuk dapat melaksanakannya. Hal ini karena *Secondary Mortgage Facility* merupakan lembaga yang umumnya ada pada negara-negara yang tunduk pada sistem hukum *Anglo Saxon* dan tidak dikenal dalam sistem hukum Eropa Kontinental seperti yang dianut oleh negara Indonesia. Dengan adanya perbedaan atas

1. *Maturity gap*, yaitu kesenjangan antara sumber dan penggunaan dana. Hal ini disebabkan KPR umumnya berjangka waktu panjang yakni 5 (lima) tahun sampai dengan 20 (dua puluh) tahun dan dibiayai dengan sumber dana yang berjangka waktu maksimal 1 (satu) tahun. Kondisi ini mengakibatkan bank memiliki risiko likuiditas yang tinggi.
2. *Repricing gap*, yaitu kesenjangan waktu perubahan tingkat bunga antara sumber dan penggunaan dana. Hal ini disebabkan deposito khususnya deposito 1 (satu) bulan *direpricing* setiap 1 (satu) bulan, sedangkan KPR umumnya *direpricing* setiap 6 (enam) bulan.

Risiko-risiko tersebut membuat Bank hanya menyisihkan sebagian kecil dari sumber dananya untuk pembiayaan KPR, walaupun disadari potensi permintaan KPR sangat besar dan bisnis pembiayaan perumahan sangat menguntungkan.

Keadaan ini mengakibatkan diperlukannya pembiayaan jangka panjang yang memungkinkan mengalirnya dana segar lewat mekanisme pasar melalui pencairan kredit perumahan yang bersifat jangka panjang. Sumber pendanaan dan pembiayaan jangka panjang yang dapat mengatasi permasalahan sumber pendanaan tersebut adalah Pembiayaan Sekunder Perumahan (*Secondary Mortgage Facility/SMF*).

### C. PEMBIAYAAN SEKUNDER PERUMAHAN

Pembiayaan Sekunder Perumahan merupakan lembaga pembiayaan bukan bank yang didirikan untuk menjalankan fungsi *wholesale financial intermediary* (usaha perantara keuangan) dalam memfasilitasi aliran dana dari investor institusional ke bank penerbit KPR di pasar primer. Melalui Pembiayaan Sekunder Perumahan, portofolio investasi KPR yang dianggap tidak likuid (karena bersifat jangka panjang) akan dibuat menjadi likuid melalui pembelian atas (tagihan) KPR yang diterbitkan oleh bank.

Dalam sudut pandang hukum Indonesia, Pembiayaan Sekunder Perumahan merupakan lembaga pembiayaan yang di dalamnya terkait dua perbuatan hukum yang masing-masing berdiri sendiri meskipun timbulnya perjanjian kedua berkaitan dengan perjanjian pertama dan perjanjian kedua juga dijamin oleh ikatan yang terdapat dalam perjanjian pertama. Kedua perbuatan hukum tersebut terpisah tetapi berkaitan dalam proses akibat hukumnya. *Pertama*, perbuatan hukum kredit kepemilikan rumah (KPR) dan *kedua*, perbuatan hukum jual beli sekuritas. Dalam proses Pembiayaan Sekunder Perumahan, perjanjian KPR merupakan perbuatan hukum awal dalam pembiayaan sekunder perumahan.

Dalam KPR terdapat aspek jual beli dan perjanjian kredit, jadi dijaminakan sebagai upaya preventif yang sewaktu-waktu

apabila konsumen melakukan wanprestasi dapat dieksekusi atau dijual kembali kepada pihak bank untuk pelunasan kredit yang telah diberikan pada pembelian rumah tersebut. Dalam hal ini bank pemberi KPR adalah kreditor pemegang Hak Tanggungan. Sehingga pemegang Hak Tanggungan adalah pihak yang berpiutang dengan kedudukan sebagai kreditor preferen.

Lembaga Pembiayaan Sekunder Perumahan adalah sebagai lembaga pembiayaan sekunder perumahan berkaitan dengan jaminan sekunder (*second mortgage*), sehingga dalam prosesnya *mortgage* yang dikumpulkan diserahkan kepada lembaga Pembiayaan Sekunder Perumahan sebagai jaminan dalam penerbitan sekuritas (*mortgage backed securities*).

Dalam sistem hukum Indonesia yang menganut sistem hukum *civil law*, proses pembiayaan sekunder perumahan adalah meliputi dua langkah, yaitu:

Langkah pertama yang merupakan proses awal adalah perjanjian KPR. Perjanjian KPR dibuat antara konsumen perumahan dengan pihak bank dalam perjanjian KPR tersebut, yang dijamin dengan jaminan pokok berupa rumah yang dibeli tersebut (dibebankan jaminan kebendaan berupa Hak Tanggungan). Aset dalam perjanjian kredit rumah dijaminkan kepada bank (Hak Tanggungan) dan dibuatkan akta pengakuan hutang. Sehingga bank merupakan kreditor awal. Dalam hal ini



Hak Tanggungan merupakan jaminan hak kebendaan (jaminan kebendaan) yang merupakan satu-satunya bentuk agunan yang mempergunakan objek hak-hak atas tanah sebagai objek agunan. Hak Tanggungan merupakan salah satu bentuk agunan yang diberikan oleh seorang debitor dan atau pihak ketiga kepada kreditor guna menjamin kewajiban dalam suatu perikatan pokok (perjanjian kredit atau perjanjian pembiayaan) antara debitor dengan kreditor (Remy Sjahdeni, 1999, 15).

Langkah kedua yang merupakan langkah selanjutnya, bank penerima KPR mengumpulkan sejumlah KPR tersebut dengan membuat klasifikasi berdasarkan harga dan jangka waktu KPR (5, 10, 20, atau 30 tahun) yang akan menjadi kumpulan piutang KPR. Kumpulan piutang yang sudah ada maupun yang akan ada yang dimiliki bank penerima KPR termasuk objek yang dibebani Hak Tanggungan dikategorikan sebagai aset keuangan bank penerima KPR yang dalam Pembiayaan Sekunder Perumahan berstatus sebagai kreditor awal atau kreditor asal (setiap kreditor yang memiliki aset keuangan).

Aset keuangan yang dimiliki kreditor asal kemudian dialihkan kepada lembaga Pembiayaan Sekunder Perumahan yang berbentuk Perseroan Terbatas yang akan menerbitkan sekuritas atas piutang tersebut. Dalam hal ini dilakukan sekuritisasi, yaitu transformasi aset dengan cara penjualan aset keuangan oleh kreditor asal kepada penerbit yang kemudian akan



menerbitkan sekuritas beragun aset yang dapat berbentuk Surat Utang atau Surat Partisipasi. Aset keuangan yang dapat dialihkan oleh bank dalam rangka sekuritisasi aset oleh Lembaga Pembiayaan Sekunder Perumahan haruslah merupakan aset keuangan yang merupakan piutang yang diperoleh dari penerbitan atau pemberian KPR termasuk hak agunan yang melekat padanya. KPR merupakan fasilitas kredit yang diberikan atau diterbitkan oleh kreditor asal untuk membeli rumah siap huni.

Dengan sekuritisasi aset ini, maka kumpulan Aset milik bank yang oleh bank sebagai kreditor asal dijamin kembali (*Mortgage Backed Securities*) pada *Special Purpose Vehicle* (SPV) yang kemudian beralih menjadi Kumpulan Piutang Lembaga Pembiayaan Sekunder Perumahan/SPV. Selanjutnya atas seluruh Kumpulan Piutang tersebut oleh Lembaga Pembiayaan Sekunder Perumahan dilakukan Sekuritisasi dan diikuti dengan penerbitan Efek Beragun Aset (EBA).

*Special Purpose Vehicle* (SPV) atau yang sering disebut juga dengan nama *Special Purpose Company* adalah suatu lembaga atau perusahaan yang khusus didirikan untuk mendukung jalannya proses sekuritisasi aset. Perusahaan ini merupakan lembaga yang akan membeli piutang dan selanjutnya menjadikan piutang tersebut sebagai jaminan penerbitan Efek Beragun Aset (EBA) atau *Asset Backed*

*Securities (ABS)* kepada *investor* (Gunawan Wijaya dan E.Paramitha Sapardan, 2006, 47).

*Special Purpose Vehicle (SPV)* adalah suatu entitas yang dibentuk oleh perusahaan sponsor/perusahaan induk untuk suatu tujuan tertentu (khusus, sempit, dan *temporary*), misalnya untuk membagi atau menghilangkan resiko finansial, SPV ini merupakan salah satu bentuk *off-balance-sheet-financing*. Pada dasarnya, *off-balance-sheet entity* ini diciptakan oleh suatu pihak (transferor atau sponsor) yang mentransfer aset ke pihak lain (SPV) untuk melaksanakan aktivitas bisnis.

Dengan sekuritisasi aset ini, maka kumpulan Aset milik bank yang oleh bank sebagai kreditor asal dijamin kembali (*Mortgage Backed Securities*) pada *SPV* yang kemudian beralih menjadi Kumpulan Piutang Lembaga Pembiayaan Sekunder Perumahan/SPV. Selanjutnya atas seluruh Kumpulan Piutang tersebut oleh Lembaga Pembiayaan Sekunder Perumahan dilakukan Sekuritisasi dan diikuti dengan penerbitan Efek Beragunan Aset (EBA).

Menurut Pasal 6 ayat (1) Perpres No. 19/2005 jo Perpres No. 1/2008, SPV membeli kumpulan aset keuangan dari kreditor asal dan menerbitkan surat utang. Sehingga dalam proses penerbitan EBA atau ABS melalui SPV, SPV akan menerbitkan surat utang global yang penyimpanan dan pemeliharaannya dilakukan oleh Wali Amanat yang mewakili kepentingan

seluruh *investor*. Dengan demikian seluruh *investor* hanya mewakili bagian yang ekuivalen dengan penyertaan mereka dalam surat utang global yang disimpan dan dipelihara oleh Wali Amanat (*indenture Trustee*), bersama-sama dengan seluruh piutang yang menjadi dasar penjaminan pemenuhan kewajiban yang lahir dari penerbitan surat global tersebut. Sehingga *Special Purpose Vehicle (SPV)* hanya memiliki satu kreditor saja yang diwakili oleh Wali Amanat. Dalam hal ini SPV tidak berhubungan langsung dengan investor tetapi berhubungan dengan Wali Amanat yang bertindak mewakili kepentingan investor pemegang EBA yang diikat dalam perjanjian Perwaliamanatan.

#### **D. PERSPEKTIF HUKUM**

Pembiayaan sekunder perumahan atau lebih dikenal dengan *Secondary Mortgage Facility (SMF)* merupakan suatu solusi guna mengatasi masalah pendanaan bagi pemenuhan kebutuhan masyarakat terhadap perumahan. Hal ini karena pembiayaan sekunder perumahan merupakan suatu bentuk pembiayaan perumahan yang akan dapat mengurangi biaya modal bagi lembaga keuangan dan sebagai akibatnya akan tercipta perumahan yang lebih terjangkau bagi masyarakat.

Bahwa pembiayaan sekunder perumahan merupakan suatu bentuk pembiayaan di pasar sekunder yang berkembang pada

negara-negara yang menganut sistem hukum *common law* dan tidak dikenal dalam sistem hukum *Eropa kontinental* seperti yang dianut oleh Indonesia. Lembaga Pembiayaan Sekunder Perumahan merupakan suatu sistem pembiayaan yang di dalamnya terdapat *secondary mortgage*, dimana objek jaminan yang merupakan jaminan KPR yang sudah dijaminakan kemudian dijaminakan lagi dalam penerbitan sekuritas. Sehingga lembaga pembiayaan sekunder berkaitan dengan jaminan sekunder (*second mortgage*). Di dalam prosesnya *mortgage* yang dikumpulkan diserahkan kepada lembaga Pembiayaan Sekunder Perumahan sebagai jaminan dalam penerbitan sekuritas EBA.

Lembaga jaminan tersebut tidak dikenal di Indonesia, untuk jaminan tidak bergerak dalam Buku II KUHPdata dikenal lembaga jaminan kebendaan Hipotik, namun lembaga Hipotik ini sudah dicabut dengan UU No. 4 Tahun 1999 tentang Hak Tanggungan. Sehingga di Indonesia untuk penjaminan tanah dan bangunan serta rumah berlaku ketentuan Hak Tanggungan.

Shingga perbedaan sistem hukum menjadikan kendala dalam penerapannya. Namun mengingat kebutuhan yang mendesak akan adanya sumber pembiayaan perumahan yang dapat mengatasi solusi pendanaan, mengharuskan Indonesia untuk mengadopsi model pembiayaan sekunder perumahan Untuk itu



Pemerintah telah berusaha memberikan payung hukum yang diharapkan mampu memberikan regulasi bagi penerapan lembaga ini di Indonesia yaitu Peraturan Presiden No. 19 tahun 2005 tentang Pembiayaan Sekunder Perumahan dan Peraturan Presiden No. 1 tahun 2008 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden No. 19 tahun 2005 tentang Pembiayaan Sekunder Perumahan. Namun demikian masalah perbedaan sistem hukum tetap masih merupakan kendala dalam penerapan lembaga pembiayaan sekunder perumahan ini.

Terdapat beberapa karakteristik *civil law* modern yang menjadi penghalang terhadap resepsi/ adopsi konsep *trusts* yang merupakan bagian elemen dari pranata hukum, dimana konsep *trust* merupakan bagian esensi dari pranata hukum pembiayaan sekunder perumahan, yaitu : a) konsep kepemilikan dalam satu kesatuan . berbeda dengan konsep hak kebendaan yang duplikasi dan dapat dibagi-bagi; b) konsep pelengkap (*supplementary nation*). Konsep yang dikembangkan di Jerman ini menyatakan bahwa registrasi publik atas hak kebendaan termasuk juga kodifikasi hak tersebut dari segi perpajakan. Ini disebut dengan *numerus Clausus*; c) perkembangan beberapa instrumen hukum yang mempunyai tujuan yang sama dengan konsep *trust*(Munir Fuady, 1996, 326).



Berdasarkan uraian tersebut diatas maka permasalahan utama penerapan Pembiayaan Sekunder Perumahan / *Secondary Mortgage Facility* (SMF) di Indonesia adalah perbedaan sistem hukum yang terkait dengan jaminan kredit berupa tanah dan rumitnya ketentuan hukum pertanahan khususnya masalah Hak Tanggungan yang ternyata tidak cukup aspiratif terhadap pelaksanaan SMF dan sangat berpotensi terhadap timbulnya keraguan para investor.

Pelaksanaan SMF di Indonesia juga masih terkendala belum adanya aturan yang mengatur insentif sekuritisasi, belum tersedianya Undang-Undang Sekuritisasi, tiadanya pengaturan pengalihan Hak Tanggungan atas tanah dan rumah yang dibiayai KPR. Ketiadaan aturan mengenai pengalihan Hak Tanggungan atas tanah dan rumah yang dibiayai oleh KPR menyebabkan kendala dalam penerapan SMF di Indonesia. Akibatnya jaminan Hak Tanggungan yang semula terdaftar atas nama bank pemberi kredit KPR yang diberikan oleh masing-masing Debitor harus melalui proses balik nama secara bertahap, yaitu balik nama Lembaga SMF (tahap I), baru kemudian dibalik nama Wali Amanat yang mewakili para investor/pemegang EBA (tahap II). Hal ini sangat menghambat sekuritisasi SMF, mengingat transaksi sekuritisasi mencakup debitor-debitor dan tagihan-tagihan dalam jumlah besar, maka portofolio tagihan KPR yang terdiri dari ratusan atau bahkan

ribuan tagihan akan menjadi kendala besar dalam efisiensi waktu dan biaya dalam proses balik nama yang sekarang dilakukan secara manual. Seharusnya pelaksanaan tahap I dan tahap II dapat dilakukan secara serentak dan kolektif dari bank pemberi KPR kepada Wali Amanat.

Dengan adanya perbedaan sistem hukum tersebut, maka penerapan pembiayaan sekunder perumahan dalam sistem hukum Indonesia adalah dengan mekanisme perjanjian yang meliputi dua perbuatan hukum, yaitu perjanjian kredit yang didalamnya meliputi perbuatan hukum perjanjian jual beli rumah, perjanjian kredit dan perjanjian jaminan. Dan perbuatan hukum kedua berupa perbuatan hukum sekuritisasi yang di dalamnya termasuk pula perjanjian perwaliamanatan.

Konsepsi sumber pembiayaan jangka panjang memungkinkan mengalirnya dana segar lewat mekanisme pasar melalui pencairan kredit perumahan yang bersifat jangka panjang merupakan salah satu solusi yang harus dicari dan diterapkan oleh pemerintah. Tersedianya sumber pembiayaan jangka panjang akan sangat membantu lembaga pembiayaan penerbit Kredit Pemilikan Rumah (KPR) dalam mengelola berbagai risiko investasi khususnya risiko likuiditas dan risiko gejolak tingkat bunga.

Melalui konsep Pembiayaan Sekunder Perumahan (*secondary mortgage facility/SMF*), terhadap piutang KPR dilakukan

pendanaan ulang melalui sekuritisasi aset dengan menerbitkan Efek Beragun Aset (EBA) yang intinya merupakan proses atas tagihan masa depan dari pinjaman atas kepemilikan rumah yang telah diikat dalam bentuk perjanjian pinjam meminjam.

Konsep Pembiayaan Sekunder Perumahan telah diterapkan di beberapa negara di belahan dunia terutama negara-negara yang menganut sistem hukum *Anglo Saxon* atau *Common Law*. Namun lembaga ini tidak dikenal dalam sistem hukum Eropa Kontinental seperti yang dianut oleh Indonesia. Dalam hal yang demikian perbedaan sistem hukum harus dapat di sikapi sehingga tidak menjadi hambatan bagi bangsa Indonesia untuk menerapkan dan mengembangkan sistem pendanaan ulang KPR melalui Pembiayaan Sekunder Perumahan / *Secondary Mortgage Facility* (SMF) yang merupakan pranata hukum yang ada pada sistem hukum *common law*.

Pranata ekonomi dan hukum asing sering kali masuk ke negara kita sebagai akibat pengaruh globalisasi dan pergaulan Indonesia dalam kegiatan perdagangan dunia. Sehingga Indonesia juga mengalami benturan dengan tradisi hukum Anglo Saxon atau *common law*. Bahkan kebijakan dalam bidang Ekonomi-Kuangan dan Industri (EKUIN) umumnya mengambil ketentuan dari sistem hukum *common law* yang kadang kala tidak cocok diterapkan dinegara kita yang menganut *civil law*, terutama yang berkaitan dengan prosedur

yang dibentuk dari sejarah, budaya masing-masing negara yang berbeda.

Dalam Fasilitas Pembiayaan Sekunder Perumahan / *Secondary Mortgage Facility*, terdapat beberapa hubungan hukum yang lahir dari perikatan yang merupakan suatu perjanjian, yang meliputi perjanjian kredit, perjanjian jual beli, perjanjian jaminan, perjanjian perwaliamanatan, perjanjian emisi yang kesemuanya tunduk pada hukum perikatan. Oleh karena lembaga pembiayaan sekunder perumahan tunduk pada hukum perjanjian, maka dengan asas kebebasan berkontrak, sistem terbuka dan merupakan hukum pelengkap, para pihak bebas membuat perjanjian yang merupakan bidang hukum netral yang memungkinkan sistem pembiayaan sekunder perumahan yang semula tidak dikenal dalam sistem Hukum Eropa Kontinental untuk diadopsi dan diterapkan pelaksanaannya di Indonesia.

Penerapan lembaga *Secondary Mortgage Facility* (SMF) di Indonesia dilakukan dengan melakukan mekanisme proses pembelian kumpulan aset keuangan KPR secara jual putus, oleh suatu lembaga keuangan sebagai badan hukum yang mandiri yang bertindak sebagai SPV dari kreditor asal atau *originator*. PT. SPV ini membeli piutang global dari bank asal (*originator*) melalui mekanisme pengalihan piutang secara *cessie* dan kemudian menerbitkan Efek Beragun Aset (EBA



berupa Surat Utang dan/atau surat partisipasi) yang dilakukan melalui mekanisme perjanjian sekuritisasi EBA yang berbentuk Surat Utang atau Surat Partisipasi dengan kemudian melakukan perjanjian Perwaliamanatan dengan Wali Amanat sebagai *indenture trustee*.

Proses sekuritisasi dalam Pembiayaan Sekunder Perumahan / SMF ini berbeda dengan sekuritisasi aset pada umumnya, dimana proses sekuritisasi dalam SMF hanya membatasi diri untuk membeli piutang berupa kredit KPR, sementara dalam sekuritisasi pada umumnya kredit yang dapat dialihkan dapat terdiri dari setiap kredit atau tagihan yang timbul dari segala macam bentuk perjanjian pemberian kredit termasuk surat berharga, dan berbagai macam tagihan yang timbul dikemudian hari dari aset keuangan lain yang setara. Aset keuangan yang dialihkan dalam proses sekuritisasi SMF berdasarkan Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/4/PBI/2005 harus memenuhi criteria sebagai berikut : a) Memiliki arus kas (*cash flow*); b) Dimiliki dan dalam pengendalian kreditor asal; c) Dapat dipindahtangankan dengan bebas kepada penerbit. Sekuritisasi melalui *Special Purpose Vehicle* (SPV) yang dalam konteks ini adalah suatu perusahaan dengan status perseroan terbatas yang merupakan suatu badan hukum sendiri, yang memiliki hak dan kewajiban independen yang terpisah dari hak dan kewajiban para pendirinya termasuk

para pemegang sahamnya setelah perseroan terbatas ini memperoleh status sebagai badan hukum. Proses sekuritisasi asset dalam SMF dilakukan dengan penerbitan efek bersifat utang oleh SMF/SPV. Dalam proses tersebut melibatkan dua lembaga yaitu : a) *Special Purpose Vehicle* (SPV) yaitu suatu badan hukum khusus yang dibentuk untuk melakukan penerbitan efek-efek bersifat utang; dan b) Wali Amanat yang dapat mengambil peran bank custodian, yang akan menyimpan piutang-piutang yang menjadi dasar penerbitan efek bersifat utang. Disamping itu Wali Amanat juga mewakili kepentingan dari seluruh pemegang efek bersifat utang.

Proses penjualan efek yang diikuti dengan penerbitan EBA atau ABS yang didahului dengan penjualan piutang asal oleh bank selaku originator yang dilakukan dalam bentuk jual putus (*true sale*) kepada *Special Purpose Vehicle* (SPV). Maksud dilakukan jual putus adalah supaya piutang yang telah dibeli oleh SPV tidak dapat diganggu gugat oleh *originator*, dan apabila *originator* mengalami atau dinyatakan pailit, piutang yang telah dijualnya tersebut telah berada diluar boedel pailit *originator*, sehingga proses sekuritisasi ase tidak terganggu. Secara umum yang dinamakan jual putus adalah penjualan piutang yang memenuhi criteria asset keuangan yang dapat dialihkan dalam proses sekuritisasi yaitu : a) Penjualan dibuat secara tertulis, yang selanjutnya disertai dengan penyerahan

dalam bentuk *cessie*; b) Penjualan dilakukan untuk jumlah keseluruhan piutang, agar Hak Tanggungan yang menyertai piutang tersebut juga turut beralih demi hukum; c) Penjualan dibuat tanpa penanggungan atau tanpa hak regres (*without resources*) dalam bentuk apapun juga; dan d) Diikuti dengan kuasa untuk melakukan penagihan dari SMF sebagai pembeli kepada bank pemberi KPR sebagai penjualan piutang, yang memberi kewenangan kepada bank pemberi KPR sebagai *originator* untuk menagih pembayaran pada saat jatuh tempo dari debitor KPR (Gunawan Wijaya dan E.Paramitha Sapardan, 2006, 117).

Hal ini mengakibatkan dikeluarkannya piutang KPR yang merupakan aset keuangan yang dialihkan dari neraca bank sebagai *originator*. Selain itu menurut pasal 4 ayat (3) Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/4/PBI/2005 menentukan lebih lanjut bahwa pengeluaran dari neraca tersebut tidak cukup hanya memenuhi kondisi jual putus, melainkan juga harus memenuhi kriteria bahwa bank sebagai kreditor asal bukan merupakan pihak yang terkait dengan penerbit. Akibat hukum dari jual putus adalah : a) Seluruh manfaat yang diperoleh dan/atau akan diperoleh dari aset keuangan telah dialihkan kepada penerbit; b) Risiko kredit dari aset keuangan yang dialihkan secara signifikan telah beralih kepada penerbit; dan c) Kreditor asal tidak memiliki pengendalian baik langsung

maupun tidak langsung atas aset keuangan yang dialihkan. Setelah *originator* menjual piutang, maka diikuti dengan langkah selanjutnya yaitu penyerahan atau pengalihan hak milik atas kumpulan piutang/aset keuangan dari *originator* kepada SPV sebagai lembaga yang berdiri sendiri yang secara terus menerus melakukan pembelian piutang jangka panjang dan memberikan pembiayaan sekunder perumahan. Penyerahan piutang tersebut dilakukan untuk memenuhi ketentuan pasal 1459 KUH Perdata yang mensyaratkan bahwa jual beli piutang-piutang atas nama harus diikuti dengan penyerahan secara *cessie*.

Mekanisme *cessie* sebagaimana ketentuan Pasal 613 KUHPerdata yang merupakan suatu perbuatan hukum yang merupakan perwujudan dari penyerahan hak milik atas piutang-piutang atas nama, dimana *cessie* ini memenuhi ciri dan karakteristik *trust* yang netral yang berlaku pada negara dengan sistem hukum Eropa Kontinental seperti yang telah diuraikan di muka, yaitu : Pertama, *cessie* merupakan suatu perbuatan hukum yang bertujuan untuk menyerahkan hak milik atas piutang atas nama. Kedua, piutang yang diserahkan menjadi milik pembeli piutang, tetapi selama pemberitahuan belum dilakukan atau persetujuan belum diperoleh, penagihan atau pengurusan piutang dilakukan oleh mantan penjual piutang yang bukan lagi pemilik piutang tersebut. Ketiga,



penjual piutang dengan penyerahan piutang tersebut kepada pembeli piutang tidak lagi menjadi pemilik piutang. Keempat, dengan penyerahan tanpa pemberitahuan atau persetujuan debitor piutang, pembeli piutang sebagai pemilik piutang baru hanya akan menjadi penikmat dari hasil penagihan piutang yang dilakukan oleh penjual piutang yang dilakukan oleh penjual piutang sebagai mantan pemilik piutang. Dan kelima, terdapat unsur kepercayaan pemilik piutang yang baru kepada penjual piutang yang selanjutnya berfungsi sebagai penagih piutang yang melakukan pengurusan penagihan piutang tersebut dari debitor piutang tersebut. Penagih piutang ini bertanggung jawab untuk melakukan penagihan yang baik untuk kepentingan pemilik piutang baru. Tanggung jawab tersebut dijamin dengan harta kekayaan penjual piutang (Gunawan Wijaya, 2008, 224-225).

Setelah dilakukan *cessie* atas piutang maka segera dibuat surat kuasa kepada *originator* pemberi KPR dari SPV, untuk melakukan penagihan KPR dari SPV sebagai pemilik piutang. Kuasa tersebut memberikan wewenang kepada *originator* sebagai bank pemberi KPR untuk menagih pembayaran pada saat jatuh tempo dari debitor KPR.

Peralihan piutang yang terjadi secara *cessie* tersebut, kedudukan Hak Tanggungan yang melekat dalam piutang berpindah kepada investor yang dalam hal ini diwakili oleh

Wali Amanat secara subrogasi. Subrogasi merupakan suatu bentuk pembayaran oleh pihak ketiga yang memberikan hak kepada pihak yang melakukan pembayaran tersebut untuk menggantikan hak-hak kreditor asal dengan memenuhi persyaratan yang ditentukan. Subrogasi berdasarkan perjanjian baru terjadi pada saat kreditor menerima pembayaran dengan suatu pernyataan tegas yang menyatakan bahwa pihak ketiga yang membayar utang debitor kepadanya itu akan menggantikan kedudukannya dengan segala hak yang melekat pada perikatannya debitor.

Terjadinya subrogasi, maka semua piutang dari kreditor asal dan hak yang melekat pada piutang tersebut demi hukum beralih kepada kreditor baru, dimana hal ini dimungkinkan menurut ketentuan pasal 16 ayat (1) UU Hak Tanggungan Nomor 4 Tahun 1996. Oleh karenanya dalam Fasilitas Pembiayaan Sekunder Perumahan atau *Secondary Mortgage Facility* (SMF), peralihan Hak Tanggungan karena penjualan aset keuangan berupa piutang kredit yang dijamin Hak Tanggungan terjadi dengan cara subrogasi sebagaimana ketentuan pasal 1400 KUH perdata.

Agar proses sekuritisasi aset yang dilakukan oleh SPV tersebut dapat berjalan dengan baik, maka sekuritisasi aset tersebut harus meliputi beberapa hal-hal mendasar yaitu : a) Standarisasi kontrak; b) Pembagian resiko; c) *Data base* statistik historis; d) Standarisasi pelaksanaan hukum; e)

Standarisasi kualitas pelayanan; f) Lembaga penyedia kredit pendukung (*credit enhancer*); g) Kemampuan analisis atas sekuritisasi aset.

## E. Penutup

Penerapan pembiayaan sekunder perumahan di Indonesia dilakukan dengan mengadopsi pranata hukum pembiayaan sekunder perumahan yang berkembang di negara yang menganut sistem *common law* dengan pelaksanaannya disesuaikan dengan kondisi sosial dan budaya Indonesia dengan mekanisme penjualan piutang global KPR dari bank sebagai originator kepada SPV dengan jual putus. Dengan penjualan tersebut terjadilah pengalihan piutang secara *cessie* yang diikuti dengan pengalihan Hak Tanggungan yang melekat pada piutang yang dialihkan. Atas kumpulan piutang global tersebut dilakukan proses sekuritisasi dengan menggunakan instrumen Pasar Modal yang menerbitkan Efek Beragun Aset (EBA) yang berbentuk Surat Utang ataupun Surat Partisipasi. Sebagai pengelola EBA atas nama investor dilakukan oleh Wali Amanat. Terhadap mekanisme pengalihan dan pendaftaran Hak Tanggungan tunduk pada ketentuan pasal 1400 KUH Perdata, dimana pengalihan Hak Tanggungan terjadi secara subrogasi sehingga semua hak dan kewajiban

kreditor asal beralih kepada investor sebagai kreditor akhir dengan pengelolaan dipegang oleh Wali Amanat sebagai pihak yang mewakili kepentingan investor. Sehingga dengan pengalihan Hak Tanggungan tersebut maka pendaftaran Hak Tanggungan dilakukan ke atas nama Wali Amanat.

Perlu dibuat aturan yang lebih memberi kepastian hukum dalam mekanisme pengalihan hak tanggungan yang berkaitan dengan sekuritisasi. Antara lain harus dibuat peraturan pelaksana dari Undang-Undang Hak Tanggungan yang khusus mengatur mengenai pengalihan hak tanggungan dan pendaftaran balik nama hak tanggungan ke atas nama Wali Amanat.

Selanjutnya untuk mempermudah proses sekuritisasi harus dilakukan standarisasi Kredit Pemilikan Rumah, baik yang berkaitan dengan administrasi perkreditan maupun administrasi pengalihan piutang.



## DAFTAR PUSTAKA

- Djuhaendah Hasan, *Lembaga Jaminan Kebendaan Bagi Tanah dan Benda Lain Yang Melekat Pada Tanah Dalam Konsepsi Penerapan Asas Pemisahan Horisontal*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.
- Gunawan Widjaja dan E.Paramitha Sapardan,, *Seri Aspek Hukum : Assets Securitization (Pelaksanaan SMF Di Indonesia)*, Jakarta : PT. RajaGrafindo Persada, 2006.
- Gunawan Widjaja, *Transplantasi Trusts Dalam KUH Perdata, KUHD dan Undang Undang Pasar Modal*, Ed. 1, Cet. 1, Jakarta : PT. RajaGrafindo Persada, 2008.
- Indonesia. Peraturan Pemerintah tentang Rencana Pembangunan Jangka Menengah Tahun 2004-2009. Peraturan Pemerintah No.7 Tahun 2005,  
L.N.Tahun 2005 No.21. T.L.N.4479.
- Munir Fuady,*Hukum Bisnis dalam Teori dan Praktek*, PT Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1996.
- Remy Syahdeni, *Hak Tanggungan, Asas-Asas, Ketentuan-Ketentuan pokok dan Masalah Yang Dihadapi Oleh Perbankan*, Alumni, Bandung , 1999.
- Subowo Musa, *Sekilas Tentang Pembiayaan Perumahan*, Kiran Resourches Indonesia, Jakarta , 2007.

diri dan kehormatan. Oleh karenanya kesadaran pentingnya melakukan CSR merupakan *trand global* seiring dengan semakin maraknya kepedulian mengutamakan *stakeholders*.

Dengan gagasan CSR diharapkan bahwa perusahaan tidak lagi dihadapkan pada tanggung jawab yang berpihak pada *single bottom line*, yaitu nilai perusahaan (*corporate value*) yang direfleksikan dalam kondisi keuangan (*financial*) saja, tetapi juga perusahaan memperhatikan dampak sosial dan lingkungan (*triple bottom line*). Kondisi keuangan saja tidak cukup menjamin nilai pertumbuhan secara berkelanjutan (*suistainable*). Berkelanjutan perusahaan hanya akan terjamin apabila perusahaan memperhatikan dimensi sosial dan lingkungan hidup, dimana telah menjadi fakta bahwa resistensi masyarakat sekitar muncul ke permukaan terhadap perusahaan yang dianggap tidak memperhatikan lingkungan hidup.

Tanggung jawab sosial perseroan terbatas terdiri atas beberapa komponen utama, yaitu perlindungan lingkungan, jaminan kerja, hak asasi manusia, interaksi dan keterlibatan perusahaan dengan masyarakat, standar usaha, pasar, pengembangan ekonomi dan badan usaha, perlindungan kesehatan, kepemimpinan dan pendidikan, serta bantuan bencana kemanusiaan.

## **B. Tanggung Jawab Sosial Perusahaan**

Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan diistilahkan dengan *Corporate Social Responsibility* atau *Bussiness Social Responsibility*. Menurut Michael Hopkins dalam *working paper* yang disampaikan kepada *Policy Integration Department World Commision on the Social Dimension of Globalization*, CSR didefinisikan dengan *CSR is concerned with treating the stakeholders of the firm ethically or in responsible manner, ethically or responsible means treating stakeholders in a manner deemed acceptable in civilized societies. Social includes economic responsibility. Stakeholders exist within a firm and outside. The natural environment is a stakeholder. The wider aim of social responsibility is to create higher standards of living, while preserving the provitability of the corporation, for peoples both within and outside the corporation.*

Lebih lanjut Hopkins mengemukakan bahwa *CSR therefor means the ethical behavior of bussiness towards its constituencies or stakeholders.*

Dalam Wikipedia, *Corporate Social Responsibility (CSR)* adalah :

*Concept which encourages to consider the interest of society by taking responsibility for the impact of the organization's*

tanggung jawab hukum (*legal responsibility*) yang meliputi aspek perdata (*civil liability*), dan aspek pidana (*criminal liability*), dan aspek tanggung jawab social (*social responsibility*) yang dibangun di atas landasan norma moral yang berlaku di dalam masyarakat. Artinya, sekalipun suatu kegiatan bisnis secara hukum (perdata dan pidana) tidak melanggar undang-undang atau peraturan, tetapi bisnis tersebut dilakukan dengan melanggar moral masyarakat atau merugikan masyarakat, maka bisnis tersebut dianggap sebagai perbuatan tidak etis (*unethical conduct*).

Undang Undang No. 40 Tahun 2007, Pasal 1 ayat (3) memberikan definisi Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan, yaitu komitmen perseroan untuk berperan serta dalam pembangunan ekonomi berkelanjutan guna meningkatkan kualitas kehidupan dan lingkungan yang bermanfaat, baik bagi perseroan sendiri, komunitas setempat, maupun masyarakat pada umumnya.

Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan atau CSR termuat dan tercermin dalam *code of conducts*, *code of ethics*, *corporate policy*, *statement of principles* masing-masing perusahaan yang dapat berbeda satu dengan yang lainnya.

Wujud tanggung jawab social perusahaan dapat dirumuskan dalam dua wujud, yaitu :



- a. Positif : Melakukan kegiatan –kegiatan yang bukan didasarkan pada perhitungan untung rugi, melainkan didasarkan pada pertimbangan demi kesejahteraan sosial.
- b. Negatif : Tidak melakukan kegiatan-kegiatan yang dari segi ekonomis menguntungkan, tetapi dari segi sosial merugikan kepentingan dan kesejahteraan sosial.

Dengan demikian jelas bahwa tanggung jawab sosial perusahaan merupakan rasa kepedulian sosial perusahaan terhadap segala hal yang berhubungan dengan harmonisasi antara tanggung jawab ekonomi dan tanggung jawab sosial.

Menurut Sutan Remy Sjahdeni, terdapat beberapa faktor pendorong mengapa perusahaan harus menerapkan CSR, yaitu :

- a. terjadinya perubahan nilai-nilai. Perusahaan banyak yang secara sukarela mengubah orientasinya, yaitu dari semula hanya mementingkan pemupukan pendapatan dan keuntungan yang sebesar-besarnya menjadi harus pula bertanggung jawab terhadap masyarakat, baik masyarakat lokal dimana mereka berada maupun masyarakat dunia dan terhadap lingkungan bisnisnya. Ini merupakan perubahan sikap moral dari perusahaan yang telah mendorong perusahaan untuk

mengubah nilai-nilai yang berlaku sebagai budaya kerja perusahaan tersebut.

b. Strategi. Oleh karena telah terjadi perubahan orientasi, dimana perusahaan harus bertanggung jawab terhadap masyarakat dan terhadap lingkungan, maka strategi perusahaan juga harus disesuaikan.

c. *Public Pressure*. Berbagai kelompok LSM, konsumen, media, negara dan badan-badan publik lainnya telah menuntut dengan keras agar perusahaan-perusahaan lebih bertanggung jawab terhadap masyarakat, baik masyarakat lokal dimana mereka berada maupun masyarakat dunia.

Berbagai kebijakan atau keputusan perusahaan sudah tentu berkaitan untuk kemajuan, keberhasilan perusahaan secara keseluruhan, apabila berbagai kebijakan tersebut sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku maka akan menumbuhkan iklim berusaha yang sehat, begitu juga apabila kebijaksanaan ataupun keputusan perusahaan tidak sesuai dengan perundang-undangan yang berlaku, maka peraturan perundang-undangan yang ada telah menentukan sanksinya yang memaksa.

Perkembangan aset dan perkembangan keuntungan yang dialami oleh perusahaan yang telah menerapkan CSR juga telah menjadi pendorong banyak perusahaan akhirnya menerapkan CSR ini.

Keberadaan CSR dewasa ini menjadi sangat penting. Hal ini terutama diakibatkan terjadinya globalisasi dan makin meningkatnya persaingan sebagai akibat globalisasi tersebut. Demikian juga dari waktu ke waktu perusahaan menjadi semakin besar dan makin meningkat pula pengaruh perusahaan-perusahaan tersebut yang memerlukan upaya-upaya penghematan dan reposisi pemerintah dan peranannya. Selain itu secara global telah terjadi perang di antara perusahaan-perusahaan untuk mendapatkan tenaga-tenaga yang berbakat dan berkeahlian yang mengakibatkan pertumbuhan aktivitas masyarakat global, serta makin meningkatnya kesadaran mengenai pentingnya aset-aset tidak berwujud.

Oleh karenanya pelaksanaan CSR tidak hanya bermanfaat bagi masyarakat namun memberikan manfaat langsung kepada perusahaan, dimana konsumen bukan hanya sekedar memilih untuk membeli dari perusahaan-perusahaan yang melaksanakan usahanya secara etis bahkan menuntut akan hal itu. CSR telah meningkat secara dramatis setelah perusahaan menerapkan CSR. Oleh karenanya manfaat langsung, yaitu :

1. pelaksanaan CSR telah meningkatkan reputasi perusahaan;

2. reputasi yang baik tersebut memudahkan perusahaan untuk dapat melakukan rekrutmen pegawai yang berkualitas dan bereputasi baik;
3. para pegawai lebih betah untuk bekerja di perusahaan yang melaksanakan CSR sehingga perusahaan dapat mengurangi biaya yang timbul karena harus melakukan rekrutmen baru dan melakukan pelatihan pegawai-pegawai baru;
4. para pegawai lebih bermotivasi dan karena itu lebih produktif;
5. CSR membantu perusahaan untuk mematuhi ketentuan undang-undang;
6. keterlibatan perusahaan dalam kegiatan-kegiatan yang dilakukan oleh komunitas setempat menghasilkan liputan yang baik dari media mengenai perusahaan tersebut;
7. pelaksanaan CSR menghasilkan hubungan-hubungan yang baik dengan otoritas setempat dan hubungan-hubungan yang baik itu memudahkan bagi perusahaan untuk melakukan bisnisnya;
8. pelaksanaan CSR yang menghasilkan pengaruh yang luas bagi bisnis perusahaan dapat membantu perusahaan untuk melakukan bisnisnya;



9. CSR dapat membuat perusahaan lebih kompetitif dan dapat mengurangi munculnya risiko yang akan mengakibatkan rusaknya reputasi perusahaan;
10. para investor dan lembaga-lembaga pemberi pinjaman (antara lain bank-bank) bila mengetahui bahwa perusahaan, yaitu perusahaan dimana investor telah menanamkan dananya atau lembaga-lembaga yang memberikan pinjaman telah menerapkan CSR, akan lebih bersedia memberikan tambahan dana investasi atau memberikan tambahan kredit bagi perusahaan tersebut.

Manfaat tersebut akan dapat diperoleh maksimal, jika perusahaan dalam melaksanakan kebijakan CSR dimana kebijakan tersebut bertujuan tidak hanya memberikan manfaat finansial tapi juga komersial bagi perusahaan yang hanya dapat diperoleh oleh *stakeholders* sebagai penerima manfaat jika mereka mengetahuinya melalui sarana publikasi.

### **C. Perspektif Hukum Menurut UU No. 40 Tahun 2007**

CRS atau tanggung jawab sosial merupakan suatu hak yang baru yang diadopsi oleh UU No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (UUPT) yang dimaksudkan sebagai bentuk pertanggungjawaban sosial perseroan terhadap lingkungan dan keadaan masyarakat sekitar perseroan. Serta menciptakan hubungan perseroan yang serasi, seimbang dan sesuai dengan

lingkungan, nilai, norma dan budaya masyarakat setempat. Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan adalah komitmen Perseroan untuk berperan serta dalam pembangunan ekonomi berkelanjutan guna meningkatkan kualitas kehidupan dan lingkungan yang bermanfaat, baik bagi Perseroan sendiri, komunitas setempat, maupun masyarakat pada umumnya.

Latar belakang pemikiran dimuatnya aturan tentang tanggung jawab sosial dan lingkungan dalam UUPT adalah adanya keinginan untuk mewujudkan pembangunan ekonomi nasional yang berkelanjutan sebagai upaya untuk meningkatkan kualitas kehidupan dan lingkungan yang bermanfaat bagi Perseroan itu sendiri maupun bagi masyarakat pada umumnya

Ketentuan ini dimaksudkan untuk mendukung terjalinnya hubungan perseroan yang serasi, seimbang dan sesuai dengan lingkungan, nilai, norma, dan budaya masyarakat setempat, maka ditentukan bahwa perseroan yang kegiatan usahanya dibidang dan/atau berkaitan dengan sumber daya alam wajib melaksanakan kewajiban perseroan tersebut. Kegiatan Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan harus dianggarkan dan diperhitungkan sebagai biaya Perseroan yang dilaksanakan dengan memperhatikan kepatutan dan kewajaran. Kegiatan tersebut dimuat dalam laporan tahunan Perseroan. Dalam hal Perseroan tidak melaksanakan Tanggung Jawab Sosial dan

Lingkungan maka Perseroan yang bersangkutan dikenai sanksi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Dalam UUPT tersebut menyebutkan bahwa perseroan (perusahaan) usaha tertentu wajib melaksanakan tanggung jawab sosial dan lingkungan, sebagaimana diatur dalam pasal 74 UUPT2007 :

- Ayat 1 :

*Perseroan yang menjalankan kegiatan usahanya di bidang sumber daya alam wajib melaksanakan tanggung jawab sosial dan lingkungan.*

- Ayat 2 :

*Tanggung jawab sosial dan lingkungan merupakan kewajiban perseroan yang dianggarkan dan diperhitungkan sebagai biaya perseroan yang pelaksanaannya dilakukan dengan memperhatikan kepatutan dan kewajaran.*

- Ayat 3 :

*Perseroan yang tidak melaksanakan kewajiban dikenai sanksi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.*

Penempatan Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan dalam Bab tersendiri, yaitu Bab 5 UUPT yang sejajar dengan organ PT yang mendapatkan pengaturan dalam Bab tersendiri yaitu Bab 6 tentang RUPS dan Bab 7 tentang Direksi dan Dewan Komisaris memperlihatkan *pertama* pentingnya tanggung jawab sosial dan lingkungan ini direalisasikan oleh perseroan,

dan *kedua* sebagai landasan atau pijakan bagi peraturan perundang-undangan lainnya yang bersentuhan dengan perseroan terbatas sebagai pelaku usaha, misalnya peraturan perundang-undangan yang mengatur perbankan, perasuransian, pembiayaan, pertambangan, energy, dan lain-lain yang kesemuanya dijalankan oleh badan usaha yang bernama Perseroan terbatas. Kewajiban untuk melaksanakan Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan oleh Perseroan Terbatas juga hendak menampilkan sisi manusiawi atau social dan peka serta peduli lingkungan dari PT yang cenderung diberi label sebagai badan usaha yang senantiasa bertujuan untuk mendapatkan laba (keuntungan).

Dalam ketentuan Pasal 74 tersebut, dibatasi bahwa yang harus melakukan tanggung jawab sosial dan lingkungan adalah perseroan yang menjalankan kegiatan usahanya di bidang dan/atau berkaitan dengan sumber daya alam, yaitu perseroan yang kegiatan usahanya mengelola dan memanfaatkan sumberdaya alam dan atau perseroan yang tidak mengelola dan tidak memanfaatkan sumber daya alam, tetapi kegiatan usahanya berdampak pada fungsi kemampuan sumber daya alam.

Ketentuan pasal 74 ayat 1 tersebut sangat sempit dan terbatas yaitu hanya perseroan terbatas yang bergerak dalam bidang usaha (mengolah) sumber daya alam yang berkewajiban untuk



mempunyai tanggung jawab sosial dan lingkungan.

Sesungguhnya tanggung jawab sosial mempunyai makna dan penertian yang luas tidak hanya terhadap lingkungan saja tapi juga terkait dengan aspek kehidupan masyarakat disekitarnya. Kehadiran perusahaan disuatu wilayah tidak hanya memberikan manfaat ekonomi bagi perusahaan tersebut tapi juga harus bermanfaat bagi masyarakat sekitarnya khususnya dalam menaikkan taraf hidup secara bertanggung jawab.

Dari uraian tersebut dapat terlihat bahwa apa yang diatur dalam UUPT adalah jauh lebih sempit dari apa yang telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM). UUPM tersebut menentukan bahwa setiap penanam modal antara lain mempunyai kewajiban untuk melaksanakan tanggung jawab sosial perusahaan.

Tanggung jawab sosial dan lingkungan perusahaan merupakan tanggung jawab moral perusahaan baik terhadap karyawan di perusahaan itu sendiri (internal) maupun diluar lingkungan perusahaan, yaitu masyarakat disekitar lingkungan perusahaan (eksternal). Perusahaan sebagai suatu aktivitas yang bertujuan untuk mendapatkan keuntungan yang besar sudah selayaknya memikirkan kepentingan masyarakat disekitarnya, karena perusahaan sebenarnya juga merupakan bagian dari masyarakat.

Tanggung jawab sosial dan lingkungan yang diatur dalam UUPM diilhami oleh pandangan yang berkembang belakangan ini yang mengajarkan Perseroan sebagai perusahaan yang melakukan kegiatan usaha ditengah-tengah kehidupan masyarakat, harus ikut bertanggung jawab terhadap masalah-masalah sosial yang dihadapi masyarakat setempat. Landasan pandangan ini telah melahirkan konsep tanggung jawab sosial Perseroan yang bersumber dari nilai moral, bahwa Perseroan hidup dan berada ditengah-tengah kehidupan masyarakat. Oleh karena itu, kehidupan dan kelancaran kegiatan usaha Perseroan sangat tergantung dan terkait kepada lingkungan dan masyarakat yang bersangkutan. Perseroan harus mempunyai kepedulian (concern) terhadap masyarakat dimana dia hidup dan berada. Perseroan ini tidak terlepas dari tanggung jawab memenuhi kepentingan publik.

Dalam hal ini jelas bahwa Perseroan mempunyai tanggung jawab sosial yang meliputi tanggung jawab ekonomi dan tanggung jawab hukum, yang satu dengan lainnya tidak selamanya sejalan. Penerapan hukum, misalnya hukum lingkungan agar tidak terjadi pencemaran lingkungan akan sangat bermanfaat bagi masyarakat yang tinggal disekitar domisili usaha perseroan. Demikian pula dari segi ekonomis maka keberadaan perseroan dapat menciptakan lapangan pekerjaan bagi masyarakat.

Kewajiban sosial dan lingkungan merupakan kewajiban perseroan yang harus dianggarkan dan diperhitungkan sebagai biaya perseroan yang pelaksanaannya dilakukan dengan memperhatikan kepatutan dan kewajaran, yang apabila tidak dilaksanakan akan dikenakan sanksi sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Kegiatan usaha yang dilakukan oleh perusahaan-perusahaan besar saat ini sudah merupakan kekuatan yang luar biasa besar yang harus diikuti oleh tanggung jawab sosial dan lingkungan yang dapat dirasakan oleh masyarakat.

### **C. PENUTUP**

Berdasarkan uraian diatas maka dapat disimpulkan bahwa tanggung jawab sosial dan lingkungan merupakan suatu tanggung jawab yang ditetapkan oleh hukum berdasarkan ketentuan UUPT yang tidak sekedar tanggung jawab moral semata yang pelaksanaannya secara sukarela demi kepentingan masyarakat.

Pada dasarnya tanggung jawab sosial perusahaan merupakan bagian dari etika bisnis suatu perusahaan yang mempunyai tanggung jawab ekonomi (mencari keuntungan) yang berdasarkan undang-undang juga harus mempunyai tanggung jawab sosial agar eksistensinya tetap terjamin dan masyarakat merasakan manfaat keberadaan perusahaan tersebut.

Sebagai landasan hukum di Indonesia yang mewajibkan Perseroan Terbatas melakukan tanggung jawab sosial dan lingkungan tercermin dengan dicantumkannya aturan mengenai hal-hal tersebut didalam Undang-Undang No.25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal dan Undang-Undang No.40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas



## DAFTAR PUSTAKA

- A. Sonny Keraf, *Etika Bisnis, Membangun Citra Bisnis Sebagai Profesi Luhur*, Jogjakarta : Kanisius, 1993;
- Binoto Nadapdap, *Hukum Perseroan Terbatas*, Cet. 1, Jakarta : Jala Permata Aksara, 2009;
- Cornelius Simanjuntak dan Natalie Mulia, *Organ Perseroan Terbatas*, Ed.1, Cet.1, Jakarta : Sinar Grafika, 2009;
- Gunawan Widjaja, *Dampak Pelaksanaan UU No. 40 Tahun 2007 Terhadap Dunia Usaha di Indonesia (Tinjauan Terhadap Pasal 74 UUPU)*, Makalah dalam Seminar Menyongsong Berlakunya UU RI No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, Diamond Room, Nikko Hotel Jakarta, 6 September 2007;
- Habib Adjie, *Status Badan Hukum, Prinsip – Prinsip dan Tanggung Jawab Sosial Perseroan Terbatas*, Bandung : CV Mandar Maju, 2008;
- Jamin Ginting, *Hukum Perseroan Terbatas (Undang – Undang No. 40 Tahun 2007)*, Cet. Pertama, Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 2007;
- M. Yahya Harahap, *Hukum Perseroan Terbatas*, ed.1, cet.2, Jakarta : Sinar Grafika, 2009;
- Ridwan Khairandy, *Perseroan Terbatas*, Edisi Kedua, Jogjakarta : Kreasi Total Media Yogyakarta, 2009;
- Sutan Remy Sjahdeni, *Corporate Responsibility*, Jurnal Hukum Bisnis - Volume 26 – No. 3 Tahun 2007.

### **Peraturan Perundang-Undangan**

Undang-Undang No.25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.  
Undang-Undang No.40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

Menurut ketentuan Pasal 1 ayat (1) UU No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas,

Perseroan Terbatas yang selanjutnya disebut perseroan, adalah badan hukum yang merupakan persekutuan modal, didirikan berdasarkan perjanjian, melakukan kegiatan usaha dengan modal dasar yang seluruhnya terbagi dalam saham dan memenuhi persyaratan yang ditetapkan dalam Undang Undang ini serta peraturan pelaksanaannya.<sup>59</sup>

Dalam perkembangannya, keberadaan suatu Perseroan Terbatas sebagai subjek yang mandiri terdapat kecenderungan membentuk suatu group perusahaan atau konglomerasi suatu kelompok usaha yang dimiliki oleh satu orang, satu keluarga, ataupun perkongsian beberapa orang. Kondisi ini terjadi karena bisnis dari suatu perusahaan sudah semakin besar dan melebar sehingga perlu dipecah-pecah dan dikelompokkan menurut kegiatan bisnisnya.

Group perusahaan tersebut terdiri dari beberapa Perseroan Terbatas yang masing-masing berdiri sendiri, akan tetapi dengan kepemilikan yang masih sama dengan pengontrolan yang masih tersentralisasi, yang dilakukan oleh suatu perusahaan yang telah ada lebih dahulu yang merupakan induk atau perusahaan asal dari Perseroan Terbatas-Perseroan Terbatas tersebut.

---

<sup>59</sup> Indonesia, *Undang Undang Tentang Perseroan Terbatas*, U.U. No. 40 Tahun 2007, L.N. No. 106 Tahun 2007, T.L.N. No. 4756, Pasal 1 ayat (1).

Perusahaan pengendali ini dikenal dengan *Holding Company* (Induk Perusahaan). Sedangkan Perseroan Terbatas-Perseroan Terbatas yang dikendalikan merupakan *Subsidiary Company* (anak perusahaan). *Holding Company* pada dasarnya merupakan Perseroan Terbatas yang tidak melakukan kegiatan usaha apa-apa kecuali memiliki saham mayoritas pada *Subsidiary Company*-nya dan hanya menjalankan fungsinya dengan hak dan kewajiban sebagai pemegang saham dengan tujuan mengatur satu atau lebih perusahaan-perusahaan anak tersebut.

Sebagai pemegang saham mayoritas, maka *Holding Company* akan berfungsi sebagai pengendali atau *kontroler*. Sehingga susunan pengurus *subsidiary Company* umumnya juga merupakan pengurus pada *Holding Company* dengan struktur saling bergantian. Kondisi yang demikian mengakibatkan adanya hubungan afiliasi antara keduanya. Namun keduanya secara hukum merupakan subjek hukum yang mandiri (*legal entity*). Banyak contoh dari bentuk konglomerasi/group perusahaan yang berkembang di Indonesia, seperti Gajah Tunggal Group, Sinar Mas Group, dan masih banyak lagi.

## B. Group Bisnis

Group bisnis atau konglomerasi merupakan fenomena yang berkembang dalam cukup pesat. Group-group bisnis atau konglomerasi telah berkembang di Indonesia sejak dasawarsa tujuh puluhan. Terbentuknya group-group bisnis atau konglomerasi terjadi karena bisnis dari perusahaan demikian besar sehingga memerlukan adanya diverensiasi.

Group bisnis atau dikenal dengan konglomerasi berasal dari bahasa Inggris "*conglomerate*". Menurut Kwik Kian Gie, konglomerasi adalah kumpulan dari profit center yang dimiliki oleh satu orang atau satu perkongsian dari suatu kelompok kecil.<sup>60</sup> Cristianto Wibisono mendefinisikan konglomerasi sebagai suatu bentuk usaha yang merupakan penggabungan atas pengelompokan dua atau lebih perusahaan yang bergerak dalam berbagai kegiatan, baik secara vertikal maupun horizontal.<sup>61</sup>

Dengan demikian pada prinsipnya konglomerasi merupakan penggabungan dari dua atau lebih perusahaan yang bergerak dalam berbagai kegiatan, baik di dalam lini bisnis (*business line*) yang sama maupun lini bisnis yang berbeda, dan dikuasai oleh pemilik yang sama.

---

<sup>60</sup> Marcel Go, *Manajemen Group Bisnis*, Cet. Pertama, (Jakarta : PT. Rineka Cipta, 1992), hlm. 5.

<sup>61</sup> *Ibid.*



Karakteristik group bisnis yang dimiliki Indonesia adalah antara lain<sup>62</sup>,

1. Kepemilikan usaha group bisnis dikuasi oleh pemilik yang sama. Bahkan tidak jarang, bisnis group tersebut dimiliki oleh satu keluarga (*founders and family members*).

2. Diversifikasi dalam berbagai lini bisnis (*business line*), baik secara vertikal, horizontal maupun bisnis yang tidak saling berkaitan. Diversifikasi ini sangat menguntungkan (*failing risk*), artinya kalau salah satu lini bisnisnya lagi merosot, lini bisnis yang lain naik. Sehingga diversifikasi itu bisa mengurangi apa yang disebut risiko yang tidak sistematis. Sebagai contoh karakteristik ini dapat terlihat pada group bisnis :

-Salim Group, disamping bergerak dalam bidang *car manufacturer*, *cement business* dan *banking*, juga bergerak di berbagai bidang lain seperti : *chemicals*, *plantation*, *food processing*, *investment financing*, dan lain-lain.

-Astra Group, disamping bergerak dalam bidang *car manufacturer* dan *car essembler*, juga bergerak dalam bidang *heavy equipment*, *plantation*, *agricultural*, dan lain-lain.

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, hlm. 6-7.

memiliki/mengawasi dan mempunyai kekuasaan untuk memberikan suara sebanyak 10 % dari perusahaan publik.

*Holding company* mengomandoi beberapa pecahan perusahaan yang merupakan *entity* sendiri yang mandiri (*persona standi in judicio*). Pecahan-pecahan yang dikomandoi oleh perusahaan induk inilah yang merupakan anak perusahaan atau *subsidiary company*.

*Subsidiary company* atau anak perusahaan adalah perseroan terbatas yang memiliki kedudukan mandiri sebagai badan hukum yang memiliki hak dan kewajiban sendiri yang terpisah secara yuridis dengan harta kekayaan pemegang saham yang kewenangan hukumnya terpisah dari perusahaan induknya, tidak terkecuali apakah pemegang sahamnya merupakan perusahaan *holding* atau tidak.<sup>64</sup>

Antara *holding company* dan *subsidiary company* terdapat hubungan khusus, baik berupa sentralisasi perusahaan, kesamaan pengurus, maupun pengambilan keputusan serta mayoritas sahamnya. Dengan adanya hubungan yang khusus ini tidak menutup kemungkinan terbentuknya afiliasi antara keduanya.

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, hlm. 133.

Menurut Undang Undang No 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal yang dimaksud dengan afiliasi adalah :

1. Hubungan keluarga karena perkawinan dan keturunan sampai derajat kedua, baik secara horizontal maupun vertikal, yaitu :
  - a. Hubungan keluarga karena perkawinan, adalah hubungan seseorang dengan : Suami atau istri; Orang tua dari suami atau istri dari anak (derajat I Vertikal); Kakek dan nenek dari suami atau istri dan suami atau istri dari cucu (derajat II Vertikal); Saudara dari suami atau istri beserta suami atau istri beserta suami atau istrinya dari saudara yang bersangkutan (derajat II Horizontal); Suami atau istri dari saudara orang yang bersangkutan (derajat II Horizontal).
  - b. Hubungan keluarga karena keturunan adalah hubungan seseorang dengan : Orang tua dan anak (derajat I Vertikal); Kakek dan nenek serta cucu (derajat II Vertikal); Saudara dari orang yang bersangkutan (derajat II Horizontal).
2. Hubungan antara pihak dengan pegawai, direktur atau komisaris dari pihak tersebut;
3. Hubungan dua perusahaan, dimana terdapat satu atau lebih anggota direksi atau dewan komisaris yang sama.
4. Hubungan antara perusahaan dengan pihak, baik langsung maupun tidak langsung, mengendalikan atau dikendalikan oleh perusahaan tersebut.

5. Hubungan antara 2 (dua) perusahaan yang dikendalikan baik langsung maupun tidak langsung oleh Pihak yang sama; atau
6. Hubungan antara perusahaan dan pemegang saham utama.<sup>65</sup>

### C. *Holding Company*

Dengan kian pesatnya perkembangan ekonomi saat ini, maka keberadaan suatu *holding company* terhadap anak perusahaannya semakin dibutuhkan. Namun demikian keberadaan suatu *holding company* dalam suatu group bisnis terdapat segi positif maupun negatifnya.

Keuntungan mempunyai *holding company* adalah : Kemandirian risiko, Hak pengawasan yang lebih besar, Pengontrolan yang lebih mudah efektif, Operasional yang lebih efisien, Kemudahan sumber modal, Keakuratan keputusan yang diambil. Sedangkan kerugian mempunyai *holding company* adalah : Lebih birokratis, Manajemen *one man show*, *conglomerate game*, penutupan usaha, dan risiko usaha.

*Holding Company* dapat terbentuk melalui 3 (tiga) prosedur, yaitu :

---

<sup>65</sup> Indonesia, *Undang Undang tentang Pasar Modal*, UU No. 8 Tahun 1995, L.N. No. 64 Tahun 1995, T.L.N. No. 3608, Pasal 1 ayat (1).



1. **Prosedur residu.** Pada prosedur ini, *holding company* terbentuk bermula dari dipecahnya perusahaan asal sesuai dengan masing-masing sektor usaha, yang biasanya berbentuk Perseroan Terbatas yang mandiri. Sementara ini sisanya (residu) dari perusahaan asal dikonversi menjadi *holding company*.
2. **Prosedur penuh.** Dalam prosedur ini, dilakukan jika sebelumnya tidak terlalu banyak terjadi pemecahan/pemandirian perusahaan, tetapi masing-masing perusahaan dengan kepemilikan yang sama/berhubungan saling terpecah-pecah, tanpa terkonsentrasi dalam suatu *holding company*. Dalam hal ini yang menjadi *holding company* bukan sisa dari perusahaan asal tetapi perusahaan penuh yang mandiri yang dapat berupa dibentuknya perusahaan baru, diambil dari salah satu perusahaan yang ada tapi masih dalam kepemilikan yang sama atau berhubungan atau diakuisisi perusahaan yang lain yang sudah terlebih dahulu ada tetapi dengan kepemilikan yang lain dan tidak berkaitan satu sama lain.
3. **Prosedur terprogram.** Pada prosedur ini, sudah sejak awal bisnis ini sudah terpikir membentuk *holding company*. Kemudian untuk setiap bisnis yang akan dilakukan dibentuk

atau diakuisisi perusahaan lain dimana *holding company* sebagai pemegang sahamnya, biasanya bersama –sama dengan pihak lain sebagai partner bisnis.

#### D. Kedudukan Hukum *Holding Company* dan *Subsidiary Company*

Perkembangan usaha group bisnis yang kian meningkat telah menimbulkan kegairahan bagi para pengusaha dalam mengembangkan usahanya sehingga banyak bermunculan perusahaan dengan diversifikasi usaha. Perusahaan-perusahaan dengan bidang-bidang usaha tertentu tersebut merupakan Perseroan Terbatas yang mandiri yang berada di bawah pengontrolan perusahaan induk atau *holding company*.

*Holding Company* merupakan perusahaan super yang memiliki satu atau lebih perusahaan yang memberikan hak kepada *holding company* untuk menerapkan *policy*-nya melalui kekuasaan *voting*. *Holding Company* merupakan suatu perusahaan yang berada pada posisi mengontrol perusahaan lain dengan dasar kepemilikan saham pada perusahaan lain itu (*subsidiary company*).

## **1. Hubungan Hukum antara Holding Company dan Subsidiary Company**

Mengenai hubungan antara *holding company* dan *subsidiary company* dalam suatu group bisnis dapat dilihat dari keterlibatannya dalam hal berbisnis, pengambilan keputusan, dan keterlibatan dalam equity, sebagai berikut :

### **a. Ditinjau dari segi keterlibatan *holding company* dalam bisnis<sup>66</sup>**

#### **1. Perusahaan *holding* semata-mata**

Jenis *holding company* secara *de facto* tidak melakukan bisnis sendiri dalam praktek, terlepas dari bagaimana pengaturannya dalam Anggaran Dasarnya. Sebab jarang ada Anggaran Dasar perusahaan yang menyebutkan bahwa maksud dan tujuan perusahaan semata-mata untuk menjadi *holding company*. Akan tetapi *holding company* tersebut juga mempunyai maksud dan tujuan umumnya di berbagai bisnis. Jadi *holding company* semata-mata ini memang dimaksudkan hanya untuk memegang saham dan mengontrol *subsidiary company*-nya.

#### **2. *Holding company* beroperasi**

*Holding company* beroperasi ini bertugas memegang

---

<sup>66</sup> Munir Fuady, hlm. 95.

saham dan mengontrol *subsidiary company*, juga melakukan bisnis sendiri. Biasanya *holding company* ini memang dari semula sebelum menjadi *holding company* sudah terlebih dahulu aktif berbisnis sendiri.

**b. Ditinjau dari keterlibatannya dalam mengambil keputusan<sup>67</sup>**

**1. *Holding Company* Investasi**

Tujuan dari *holding company* investasi adalah mempunyai saham pada *subsidiary company* semata-mata hanya untuk investasi tanpa perlu mencampuri soal manajemen dari *subsidiary company*.

Karena itu kewenangan pengelolaan bisnis sepenuhnya atau sebagian besar ada pada *subsidiary company*. Dalam praktek, eksistensi *holding company* investasi disebabkan karena faktor-faktor : *holding company* tidak mempunyai kemauan/kemampuan/pengalaman/ pengetahuan terhadap bisnis *subsidiary company*-nya, *holding company* hanya pemegang minoritas pada *subsidiary company* dan mitra usaha dalam *subsidiary company* lebih mampu/lebih terkenal dalam bidang bisnisnya.

---

<sup>67</sup> *Ibid.*, hlm. 96.



## 2. *Holding Company* Manajemen

Dalam hal ini keterlibatannya pada *subsidiary company* tidak hanya sebagai pemegang saham pasif semata-mata. Tetapi juga ikut mencampuri dan memonitor terhadap pengambilan keputusan bisnis dari *subsidiary company*.

Keteliban *holding company* kedalam manajemen *subsidiary company* akan mengakibatkan kurang memberi kesempatan kepada *subsidiary company* untuk mempunyai direktur yang profesional yang dapat bekerja secara independen. Dan akibatnya adalah bisnis *subsidiary company* tersebut akan kropos dan mati pelan-pelan, para pemilik akan cukup mampu untuk mengelola group bisnisnya tetapi bisnis tersebut tidak akan bertahan lama.

Secara yuridis banyak faktor internal perusahaan cukup potensial dapat menggerogoti usaha group konglomerat dari dalam yang menyebabkan eksistensi group perusahaan tersebut terancam. Dimungkinkan secara yuridis keterlibatan *holding company* dalam mengambil keputusan *subsidiary company*-nya yaitu dengan memakai beberapa pola :

- (i) Operasional hak veto, yaitu bahwa *holding company* melakukan pengawasan dengan mempergunakan hak veto yang ada padanya. Sebagai pemegang saham, secara yuridis *holding company* mempunyai kekuasaan tertinggi yang mekanismenya

dilalui melalui RUPS. Tetapi dengan menggunakan hak veto ini mempunyai konsekuensi :

1. Seringkali sebagai pemegang saham mayoritas memungkinkan untuk memenuhi quorum sehingga dapat mengambil keputusan sendiri berdasarkan suara terbanyak.
2. Dapat mempengaruhi pemegang saham lainnya untuk berpihak padanya dalam mengambil keputusan.
3. Walaupun sebagai pemegang saham minoritas, tapi Anggaran Dasar memberikan hak veto padanya.

(ii) Ikut serta dalam dewan direksi secara langsung, yaitu sering kali terjadi direktur utama/ direktur dari *subsidiary company* dipegang oleh direktur *holding company*. Sehingga konsekuensinya *holding company* dapat secara langsung mendikte jalannya bisnis *subsidiary company*-nya. Hal ini di Indonesia sering menimbulkan fenomena *management one man show*, manajemen perusahaan keluarga, manajemen tertutup, usaha konglemerat sulit bertahan sampai ke generasi berikutnya.

(iii) Ikut serta dalam dewan komisaris secara langsung, yaitu seperti halnya direktur, komisaris atau pemilik dari *holding company* duduk sebagai komisaris dari *subsidiary company*. Dalam hal demikian akhirnya pemegang saham sebagai

pemutus terakhir. Keikutsertaan dalam *board* komisaris tersebut sudah sangat merepotkan direktur perusahaan jika bisnis yang dilakukan bertentangan dengan kehendak komisaris.

(iv) Ikut serta dalam kepengurusan/komisaris secara langsung, yaitu dalam hal ini pemilik (*holding company*) tidak langsung menduduki jabatan di dewan komisaris/direksi tetapi hanya menempatkan orang-orang kepercayaannya baik yang berhubungan keluarga atau tidak. Mereka ini selalu tunduk dan patuh dan oleh karenanya selalu menjalankan kehendak atasannya (*holding company*).

(v) Ikut serta tanpa ikatan yuridis, yaitu jika dalam hal ini jika pemilik *holding company* cukup punya nama dan disgani, maka walaupun ia ikut dalam *board*, tetapi ia selalu dapat ikut mendikte jalannya *subsidiary company* karena ada ikatan moral dan demi melestarikan kedudukannya sebagai direktur/komisaris yang sewaktu-waktu dapat diberhentikan dari jabatannya oleh RUPS yang didikte oleh *holding company*.

---

<sup>68</sup> *Ibid.*, hlm. 101.

c. Ditinjau dari keterlibatan *equity*<sup>68</sup>

1. *Holding Company* afiliasi

Dalam hal ini *holding company* merupakan pemegang saham pada *subsidiary company* tidak sampai 51 % dari saham *subsidiary company*. Sehingga terjadi hubungan afiliasi antara keduanya.

2. *Holding Company Subsidiary*

Kedudukan *holding company* sangat menentukan bagi *subsidiary company* karena *holding company* merupakan pemegang saham pada *subsidiary company* sampai dengan 51 % atau lebih atau sebagai pemegang saham mayoritas.

3. *Holding Company* non kompetitif

Yang dimaksud dengan *holding company* non kompetitif ini adalah bahwa setiap *holding company* yang memiliki saham tidak sampai 51 % tetapi tetap tidak kompetitif dibandingkan dengan pemegang saham lainnya. hal ini terjadi dalam hal sebagai berikut :

- (i) Jika pemegang saham lebih dari 2 pihak, walaupun *holding company* tidak tidak sampai memegang saham 51 %



#### 4. *Holding Company* kombinasi

Jenis ini merupakan kebanyakan *holding company* dalam praktek yaitu kombinasi antara *holding* afiliasi, *subsidiary* dan non kompetitif. Dalam hal ini suatu *holding company* memiliki saham pada beberapa *subsidiary company* sekaligus, dimana ada yang memegang saham sampai 51 % atau lebih dan ada yang kurang dari 51 % kompetitif atau non kompetitif, dimana dinamika kepemilikan tidak stabil suatu ketika menjadi *subsidiary* tetapi suatu ketika menjadi afiliasi.

#### E. Status *Subsidiary Company* Dalam Suatu Kelompok Perusahaan

Dengan kedudukan *holding company* dalam suatu group bisnis, maka patut dipertanyakan sampai sejauh mana *subsidiary company* mampu mempertahankan kemandiriannya dari ikut campurnya *holding company* baik sebagai induk perusahaan maupun sebagai pemegang saham pada *subsidiary company*.

*Subsidiary company* merupakan *legal entity* yang mandiri sehingga merupakan *persona standi in judicio*. Oleh karenanya mempunyai hak dan kewajiban sendiri sebagai badan hukum. Namun demikian mengingat sebagai satu kesatuan ekonomi, maka status dari *subsidiary company* harus dikaji dari kedudukannya sebagai badan hukum, sebagai satu

kesatuan ekonomi dan campur tangan *holding company* ke dalam *subsidiary company*.

## 1. Kedudukan *Subsidiary Company* Sebagai Badan Hukum

Setiap perseroan adalah badan hukum, artinya badan yang memenuhi syarat keilmuan sebagai pendukung kewajiban dan hak sendiri yang terpisah dari harta kekayaan pendiri dan pengurusnya. Badan hukum merupakan suatu badan yang ada karena hukum dan memang diperlukan keberadaannya sehingga disebut *legal entity* atau dikatakan sebagai suatu badan (*entity*) yang keberadaannya terjadi karena hukum dan undang-undang.<sup>69</sup>

Badan hukum merupakan *artificial person* atau *person in law* atau *legal person/rechtperson*. Badan hukum dianggap sama dengan manusia, yaitu manusia tiruan. Akan tetapi secara hukum dapat berfungsi seperti manusia biasa (*natural person* atau *naturlijke person*), bisa digugat maupun menggugat, bisa membuat keputusan dan bisa mempunyai hak dan kewajiban, utang piutang dan juga mempunyai kekayaan layaknya manusia biasa.

Demikian juga *holding company* yang juga merupakan badan hukum, maka *subsidiary company* juga merupakan

---

<sup>69</sup> I. G. Ray Widjaja, *Hukum Perseroan Terbatas : Khusus Pemahaman Atas Undang Undang No. 1 Tahun 1995*, Cet. 2, Jakarta : Kasaint Blanc, 1996, hlm. 6.

badan hukum yang berbentuk Perseroan Terbatas. Dengan demikian sebagai badan hukum, *subsidiary company* memiliki kehendak dan kemauan sendiri yang dibentuk melalui alat-alat perlengkapannya (pengurus dan anggota-anggota lainnya).

*Subsidiary company* juga merupakan penyanggah hak dan kewajiban sendiri serta mempunyai kekayaan sendiri yang terpisah secara yuridis dengan harta kekayaan pemegang sahamnya. Tidak terkecuali apakah itu *holding company* atau bukan.<sup>70</sup> Sebagai badan hukum, masing-masing *subsidiary company* maupun *holding company* merupakan subjek hukum yang mempunyai kedudukan terpisah satu sama lainnya.

Oleh karenanya *subsidiary company* merupakan subjek hukum yang mandiri, maka secara hukum *holding company* sebagai induk perusahaan tidak dapat dan tidak mempunyai kewenangan hukum untuk mencampuri manajemen dan kekuasaan dari *subsidiary company*.

Secara hukum, keterlibatan *holding company* dalam bisnis *subsidiary company*-nya dimungkinkan dalam hal melalui direktur dan komisaris yang diangkat oleh *holding company* sebagai pemegang saham sepanjang tidak bertentangan dengan Anggaran Dasar dan melalui hubungan yang kontraktual sejauh tidak bertentangan dengan Anggaran Dasarnya. Namun dalam praktek tidaklah demikian, karena

---

<sup>70</sup> Munir Fuady, *Op.Cit.*, hlm. 133.

sudah menjadi gejala umum mengenai campur tangan dan intervensi dari *holding company*.

## 2. Group Perusahaan Sebagai satu Kesatuan Ekonomi

Melalui pendekatan ekonomi, suatu group perusahaan secara keseluruhan merupakan satu kesatuan ekonomi. Sehingga sebagai satu kesatuan ekonomi, group perusahaan dikomandoi oleh *holding company*.

Walaupun dikomandoi oleh *holding company*, namun longgar/eratnya sentralisasi manajemen oleh *holding company*, pada umumnya mengikuti bentuk group yang dipilih oleh *holding company*. Pada group perusahaan manajemen, maka sentralisasi cukup ketat, namun pada group investasi, justru sebaliknya pada perusahaan yang menganut sentralisasi, peran *holding company* cukup besar, sebaliknya pada sistem desentralisasi, peran *holding company* cukup longgar.

Bila dari pendekatan ekonomi mereka merupakan satu kesatuan, namun sebaliknya dari segi hukum mereka merupakan badan hukum yang terpisah mandiri. Hubungan yang ada hanya dilihat dari peran yang dimainkan oleh pemegang saham baik RUPS maupun dalam ikatan konreaktual yang bersifat temporer yang tidak bertentangan dengan Anggaran Dasar.



### 3. Campur tangan *Holding Company* dalam Bisnis *Subsidiary Company*

Terdapat fenomena dalam dunai bisnis bahwa group perusahaan konglomerat cenderung dianggap sebagai satu kesatuan ekonomi yang membawa implikasi hukum berupa diterobosnya kemandirian badan hukum dari *subsidiary company* maupun *holding company*. Atas dasar kesatuan ekonomi tersebut terdapat teori hukum yang menyatakan,

- a. Dalam hal tertentu, *holding company* maupun *subsidiary company* lain dalam satu group, ditarik untuk mempertanggungjawabkan perbuatan hukum yang dilakukan oleh salah satu atau lebih *subsidiary company*.
- b. Berwenangnya pihak *holding company* dalam batas-batas tertentu untuk mencampuri urusan bisnis *subsidiary company*-nya.<sup>71</sup>

Dengan demikian sampai batas-batas tertentu, *holding company* dapat mencampuri bisnis dan manajemen dari *subsidiary company*. Oleh karenanya teori hukum yang menyatakan *subsidiary company* sebagai badan hukum yang mempunyai kewajiban yang terpisah dari *holding company* sudah tidak secara utuh dipertahankan.

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, hlm. 136.

Cara ikut campurnya *holding company* dalam bisnis *subsidiary company* dapat dilakukan secara kontraktual maupun organik (penunjukan organ perusahaan) dan dapat juga dalam batas tertentu dilakukan dengan cara sentralisasi terhadap *policy* dan manajemen serta keuangan *subsidiary company*.

Pada dasarnya campur tangan *holding company* sering kali menimbulkan benturan kepentingan yang terkait dengan pihak luar. Pihak-pihak yang mungkin menimbulkan benturan kepentingan adalah : pihak *holding company* selaku pemilik perusahaan, pengurus *holding company*, komisaris *holding company*, pihak *subsidiary company*, pengurus dari *subsidiary company*, komisaris dari *subsidiary company*, pemegang saham minoritas dari *subsidiary company*, pihak pekerja/karyawan dari *holding company*, karyawan/pekerja dari *subsidiary company*, para kreditor dari *holding company* dan kreditor dari *subsidiary company*.

## F. Tanggung Jawab Hukum *Holding Company* Terhadap *Subsidiary Company*

Baik *holding company* maupun *subsidiary company* keduanya adalah badan hukum dan merupakan subjek hukum yang mandiri yang secara hukum mempunyai tanggung jawab terbatas. Namun kadangkala *holding company* sebagai induk perusahaan mempengaruhi pengelolaan perusahaan *subsidiary company* sebagai pengontrol atau pengendali.

1. Kondisi yang demikian seringkali menimbulkan kerugian pihak-pihak tertentu akibat adanya penyalahgunaan kekuasaan dari *holding company*, seperti : Pailit dan Likuidasi; *Under Capitalization*; Merger, aquisisi dan konsolidasi; Anak perusahaan sebagai *Guarantor*; Aset anak perusahaan menjadi jaminan utang; *Frezeout and Squeezeout*; *Transfer Pricing*<sup>72</sup>, Dalam hal terjadi penyalahgunaan kekuasaan tersebut, maka berlaku doktrin *piercing the corporate feil*, dimana tanggung jawab *holding company* yang dibatasi oleh cadar-cadar hukum badan hukum menjadi tertembus, sehingga *holding company* dapat ditarik untuk bertanggung jawab terhadap perbuatan hukum *subsidiary company* demikian pula sebaliknya. Perluasan tanggung jawab berkaitan dengan *holding company* dan *subsidiary company* dapat dibagi 2

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, hlm. 1

## I. KESIMPULAN

Berdasarkan uraian di atas, dapat diperoleh kesimpulan, sebagai berikut:

1. Group bisnis atau konglomerasi telah berkembang di Indonesia sejak dasawarsa tujuh puluhan yang merupakan bagian dari pelaku kegiatan ekonomi. Terbentuknya group-group bisnis atau konglomerasi terjadi karena bisnis dari perusahaan demikian besar sehingga memerlukan adanya diverensiasi.
2. Group perusahaan tersebut terdiri dari berbagai usaha yang secara legal berdiri sendiri (*entity*) yang meliputi *holding company* dan *subsidiary company*. *Holding Company* akan berfungsi sebagai pengendali atau *kontroler*, dimana susunan pengurus *subsidiary Company* umumnya juga merupakan pengurus pada *Holding Company* dengan struktur saling bergantian. Kondisi yang demikian mengakibatkan adanya hubungan afiliasi antara keduanya. Namun keduanya secara hukum merupakan subjek hukum yang mandiri (*legal entity*).
3. Hubungan antara *holding company* dan *subsidiary company* dalam suatu group bisnis dapat dilihat dari keterlibatannya dalam hal berbisnis, pengambilan keputusan, dan keterlibatan dalam equity.



4. *Holding company* merupakan badan hukum, demikian juga *subsidiary company* yang merupakan badan hukum yang berbentuk Perseroan Terbatas. Sebagai badan hukum, *subsidiary company* memiliki kehendak dan kemauan sendiri yang dibentuk melalui alat-alat perlengkapannya (pengurus dan anggota-anggota lainnya).

5. *Subsidiary company* merupakan penyanggah hak dan kewajiban sendiri serta mempunyai kekayaan sendiri yang terpisah secara yuridis dengan harta kekayaan pemegang sahamnya. Tidak terkecuali apakah itu *holding company* atau bukan. Sebagai badan hukum, masing-masing *subsidiary company* maupun *holding company* merupakan subjek hukum yang mempunyai kedudukan terpisah satu sama lainnya. Oleh karenanya secara hukum *holding company* sebagai induk perusahaan tidak dapat dan tidak mempunyai kewenangan hukum untuk mencampuri manajemen dan kekuasaan dari *subsidiary company*.

6. *Holding company* dan *subsidiary company* adalah badan hukum dan merupakan subjek hukum yang mandiri yang secara hukum mempunyai tanggung jawab terbatas. Namun kadangkala *holding company* sebagai induk perusahaan mempengaruhi pengelolaan perusahaan *subsidiary company*

sebagai pengontrol atau pengendali atau melakukan penyalahgunaan kekuasaan. Dalam hal terjadi penyalahgunaan kekuasaan, maka berlaku doktrin *piercing the corporate veil*, dimana tanggung jawab *holding company* yang dibatasi oleh cadar-cadar hukum badan hukum menjadi tertembus, sehingga *holding company* dapat ditarik untuk bertanggung jawab terhadap perbuatan hukum *subsidiary company* demikian pula sebaliknya.

## DAFTAR PUSTAKA

Chatamarasjid Ais, *Menyingkap Tabir Perseroan (Piercing The Corporate Veil): Kapita Selekta Hukum Perusahaan*, Cet. 1, Bandung : Penerbit Citra Aditya Bakti, 2000.

Marcel Go, *Manajemen Group Bisnis*, Cet. Pertama, Jakarta : PT. Rineka Cipta, 1992.

Munir Fua , *Hukum Perusahaan : Dalam Paradiagma Hukum Bisnis*, Cet. Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 1999.

Indonesia, *Undang Undang Tentang Perseroan Terbatas*, U.U. No. 4 Tahun 2007, L.N. No. 106 Tahun 2007, T.L.N. No. 4756.

Indonesia, *Undang Undang tentang Pasar Modal*, UU No. 8 Tahun 1995, L.N. No. 64 Tahun 1995, T.L.N. No. 3608.

I. G. Ray Widjaja, *Hukum Perseroan Terbatas : Khusus Pemahaman Atas Undang Undang No. 1 Tahun 1995*, Cet. 2, Jakarta : Kasaint Blanc, 1996.

---

<sup>1</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep- Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, Jakarta : Alumni, 2002, hlm. 38





# PROBLEMATIKA HUKUM BISNIS DAN KORPORASI

Perkembangan bisnis yang sangat pesat telah mengakibatkan masuknya pranata ekonomi dan hukum asing yang seringkali tidak cocok diterapkan di Indonesia, sebagai akibat benturan perbedaan sistem hukum. Globalisasi telah membawa pengaruh dalam perkembangan hukum korporasi dalam transaksi bisnis di Indonesia yang mengakibatkan berkembangnya pranata-pranata ekonomi yang melahirkan suatu pranata hukum yang baru yang bersifat mengimpor hukum asing.

Untuk mengejar ketinggalan pembangunan hukum khususnya pranata hukum bisnis dalam kaitannya dengan penerapan hukum korporasi dalam praktik bisnis, maka harus terus dilakukan pembaharuan hukum. Perubahan melalui sarana pembaharuan dan pembangunan hukum dilakukan dengan pembentukan hukum positif atau peraturan perundang-undangan yang harus disesuaikan dengan nilai-nilai dan kenyataan yang hidup di dalam masyarakat

Dr. DHANISWARA K. HARJONO, SH, MH, MBA, lahir di Jakarta pada 26 Oktober 1960, berprofesi sebagai Advokat dan Dosen yang mengajar di Pascasarjana Fakultas Hukum UKI. Lulus Sarjana Hukum dari UKI, Master of Business Administration dari IEU, Magister Hukum dan Doktor Ilmu Hukum dari UNPAD. Penulis juga pernah mengikuti pendidikan di University of Hawaii at Manoa, USA dan Hawaii Pacific College, USA. Saat ini berbagai jabatan di organisasi pengusaha dan advokat yang masih dijabat yaitu sebagai Ketua Dewan Pertimbangan KADIN DKI Jakarta, Dewan Pakar DPP MAI, Ketua Dewan Kehormatan HIPMI DKI Jakarta, Ketua Umum HIPPI DKI Jakarta, Ketua Dewan Pakar PPHBI, Ketua PERADI Jakarta Utara dan Wakil Ketua IKADIN Jakarta Utara. Beberapa buku yang telah ditulis dan dipublikasikan adalah Pemahaman Hukum Bisnis Bagi Pengusaha, Hukum Penanaman Modal, Pembaruan Hukum Perseroan Terbatas, Aspek Hukum Dalam Bisnis dan Hukum Pembiayaan Perumahan.

